Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Und endlich, iſt uns auch der Zweck dieſer quasi Pupillar-Subſtitution nicht ganz außer Zweifel geſetzt; ſo ſcheint ſie doch vorzüglich zum Schutz gegen die rohe Habgier beſonders entfernterer Inteſtaterben angeführt worden zu ſeyn [14]). So lange aber noch Aſcendenten leben, iſt bei der natürlichen Liebe derſelben zu ihrem Sprößling für den Blödſinnigen keine Gefahr zu beſorgen [15]). Und ſomit erſchiene auch meine Anſicht nach dem Zwecke des Inſtitutes gerechtfertigt.

XIX.

Was hat der deutſche Proceß im Ganzen und im Detail durch die neuere doktrinelle und legislative Behandlung gewonnen?

insbeſondere

I. Reſultate der Forſchungen über die geſchichtliche Ausbildung des gemeinen deutſchen Proceſſes.

II. Ausbeute der Forſchungen über die Gegenſtände des Civilproceſſes.

Von Mittermaier.

(Fortſetzung des Aufſatzes Nro. VIII. in Band XII. Heft 1.)

Die proceßualiſche Literatur der neuern Zeit iſt zwar arm an Monographieen geblieben; (wir führen die erſchienenen

14) Thibaut im Archiv X. B. 2. H. S. 218—221.

15) „Das römiſche Recht hat von jeher der älterlichen Liebe vor Allem getraut“ ſagt Thibaut im Archive V. B. 3. H. S. 341, und Juſtinian ſelbſt im c. 7. pr. P. V. 70. *de curat. furios.*: „Quis enim talis affectus extraneus inveniatur, ut vincat *paternum*? vel cui alii credendum est rei liberorum gubernandas *parentibus* derelictis?

Werke unten bei den einzelnen Lehren an) desto reichhaltiger fließt die Quelle, welche die juriſtiſchen Zeitſchriften uns eröffnen. Das Archiv für civiliſtiſche Praxis, Martins Magazin [1]), das von Linde, Marezoll und Wening-Ingenheim herausgegebene Magazin [2]), die von Fr. von Zurhein redigirten Zeitſchriften [3]) und die von Elvers edirte Themis und die juriſtiſche Zeitung [4]) gehören in dieſe Klaſſe. Wir betrachten dieſe Zeitſchriften als Vereinigungs-Punkte deutſcher Juriſten, verdienſtlich wohl dadurch, daß ſie manche juriſtiſche Erörterung, die ſonſt ungedruckt geblieben wäre, weil man ſich leichter entſchließt, eine einzelne Abhandlung als ein größeres Werk zu ſchreiben, ins Leben rufen; allein wir bedauern zugleich, daß dieſe Vereinigungspunkte ſich nicht mehr concentrirt haben. Die Zerſplitterung der Zeitſchriften bewirkt zu leicht, daß manche unreife Arbeit (man muß die Lage eines Redakteurs kennen, welcher von den Mitarbeitern ungeachtet der heiligſten Betheurungen nur zu oft getäuſcht wird) aus Gefälligkeit oder aus Mangel an Vorrath vom Redakteur aufgenommen wird, und oft, weil ſie unter der Aegide einer vielgeleſenen Zeitſchrift eine Art von Garantie zu haben ſcheint, manchen Praktiker irreleitet,

---

1) Magazin für den gemeinen bürgerlichen Proceß, herausgeg. von Martin und Walch. 1. Bd. 3. Heft, erſchien 1829 in Heidelberg.

2) Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß, herausg. von Linde, Marezoll und Wening-Ingenheim. Gießen 1828. bis jetzt III. Bände.

3) v. Zurhein Beiträge zur Geſetzgebung und prakt. Jurisprudenz, mit beſonderer Rückſicht auf Baiern. Würzburg, bis jetzt III. Bandes 1. Heft — und v. Zurhein Jahrbücher des gemeinen deutſchen bürgerlichen Proceſſes. 1. Bd. 1. Hft. Nürnberg 1829.

4) Elvers Themis, Zeitſchrift für prakt. Rechtswiſſenſch. Göttingen 1829. bis jetzt II. Bd. 1. Heft. Die juriſtiſche Zeitung herausg von Elvers und Bender, erſcheint blattweiſe in Göttingen ſeit 1828.

der weniger scharf prüft, oder den Stand der Wissenschaft nicht so genau kennt. Auch ist manche Abhandlung in Zeitschriften nur durch äußere Veranlassungen hervorgerufen und ist eigentlich Partheienschrift. Nicht unbeachtet dürfen noch viele, in den für Partikularrecht einzelner Länder erscheinenden Zeitschriften, abgedruckte Abhandlungen bleiben; sie sind aber mit größerer Vorsicht zu benutzen, weil manche darin befindliche gemeinrechtliche Sätze angeblich vortragende Erörterung, eigentlich nur den partikulären Gerichtsgebrauch lehrt [5]). Höchst wichtig werden für das Studium des Processes die in neuerer Zeit herausgegebenen Sammlungen der Rechtsfälle. Sie liefern die besten Zeugnisse des Gerichtsgebrauchs, gestatten daher dem Bearbeiter des deutschen Processes Schlüsse in Bezug der Uebereinstimmung der deutschen Praxis zu ziehen. Es ist zu beklagen, daß nicht alle diese Sammlungen so zweckmäßig angelegt sind, als man es wünschen muß. Insbesondere scheint ein gerechter Tadel jene Sammlungen zu treffen, welche nur die Auszüge aus den verschiedenen Schriften der Partheien, aus den Vorträgen und den einzelnen Stimmen im Collegio geben, und daher den Leser nöthigen, durch eine Masse von oft unverdauten, durch den Augenblick entstandenen, verkehrten Ansichten sich hindurch zu arbeiten, um endlich ein Paar Goldkörner herauszufinden. Weit mehr entsprechen ihrem Zwecke jene Samm-

5) Zu diesen Zeitschriften gehören: Hofacker Jahrbücher der Gesetzgebung u. Rechtspflege im Königr. Würtemberg. Stuttg. seit 1824. bis jetzt III. Bände. Gans Zeitschrift für Civil- und Criminal-Rechtspflege in Hannover. seit 1826. II. Band 1. Heft. — Schlüter und Wallis juristische Zeitung für Hannover. Lüneburg seit 1826. (erscheint blattweise). Wagner Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrsamkeit und polit. Gesetzkunde, seit 1826. jährlich 12 Hft. Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherzogthum Baden, herausg. von Duttlinger, von Weiler und von Kettenacker. Freiburg 1829. 1. Bd. 1. H. Martin Jahrb. der Gesetzgeb. und Rechtspflege in Sachsen. Neustadt 1829. 1. H.

lungen, welche eine wissenschaftliche Darstellung der Lehre enthalten, welche durch einen Rechtsfall veranlaßt sind, und nur am Ende gedrängt und klar den Rechtsfall, oder mehrere zusammengehörige Rechtsfälle, liefern. In dieser Beziehung zeichnen sich die Sammlungen von Heise und Cropp [6]), von Pfeiffer [7]), von Hagemann [8]), von Nettelbladt [9]), und von der Nahmer [10]) aus. Beachtungswürdig ist auch deswegen die von Spangenberg bearbeitete neue Ausgabe von Struben's rechtlichen Bedenken [11]). Eine mehr partikularrechtliche Bedeutung (obwohl auch für Proceß, Criminalrecht und Staatsrecht allgemein interessante Fragen oft darin zur Sprache kommen,) haben wegen des im Großherzogthum Baden geltenden dem französischen Code civil völlig nachgebildeten Landrechts die Jahrbücher des Fr. v. Hohnhorst [12]). Nicht gleichgültig werden für denjenigen, der nicht blos an antiquarischen Untersuchungen, sondern an dem wahrhaft praktisch lebendigen

---

6) Juristische Abhandl. mit Entscheid. des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte, v. Heise u. Cropp. Hamburg 1827. 1. Band.

7) Pfeiffer prakt. Ausf. aus allen Theilen der Rechtswissensch. mit Erkennt. des Oberappellat.-Gerichts zu Cassel. Hannover 1825. 2. Bd.

8) Hagemanns prakt. Erörterungen. Hannover. VIII. Theile. (der 8te Theil von Spangenberg herausgegeben) 1829.

9) Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim, herausgeg. von Freiherrn v. Nettelbladt. Berlin 1821. 1824. 2 Bände.

10) von der Nahmer, Samml. der merkwürdigen Entscheid. des Oberappat.-Gerichts in Wiesbaden; Frankfurt 1821. 24. 2 Bände.

11) Struben's rechtl. Bedenken, systematisch geordnet, ergänzt, berichtigt und mit Anmerk. von Spangenberg. Hannov. 1828.

12) Jahrbücher des Großherzogl. Badischen Oberhofgerichts zu Mannheim, herausgeg. von v. Hohnhorst. Mannheim, seit 1821. V. Bde.

Geiste deutscher Rechtsbildung sich erfreut, die neueren Arbeiten über Proceßpolitik und die damit zusammenhängenden neuen legislativen Produkte mit den durch sie veranlaßten Schriften sein. Der Verfasser dieser gegenwärtigen Prüfung hat in seinen Beiträgen [13]) sich die Aufgabe gemacht, den leitenden Grundsätzen des deutschen Processes nachzuspüren, sie in ihrer Fortbildung durch deutsche Partikularrechte zu betrachten, und mit den abweichenden Proceßformen der französischen und preußischen Gesetzgebung zu vergleichen, zugleich die neuesten legislativen Erscheinungen näher zu prüfen. — Eine ähnliche Darstellung, jedoch nur mehr mit Beschränkung auf die Vergleichung der französischen und preußischen Proceßordnung, findet sich in einer Schrift von Zum Bach [14]), und in einer interessanten von Oppen [15]) begonnenen Vergleichung. — Reichhaltig an praktischen legislativen Bemerkungen sind die Schriften von Puchta [16]). Die Frage über die Einführung der Oeffentlichkeit hat außer dem bekannten klassischen Werke von Feuerbach mehrere Schriften veranlaßt, von denen wir mehrere sogleich unten anführen werden. Nur Wigands Schrift [17]) ist hier wegen ihres allgemeineren Interesses zu bemerken. Die Benutzung mancher dieser Schriften muß mit Vorsicht geschehen. Nicht selten sind die

---

13) Der gemeine deutsche Proceß in Vergleichung mit dem preuß. und franz Civilverfahren und den neuesten Fortschritten der Proceßgesetzgebung. Bonn 1820. 2. Aufl. 1826. IV. Hefte.

14) Vollständige Gegeneinanderstellung der Hauptmomente der preußischen und franzöſ. Proceßordn., von zum Bach. Magdeburg. 1822.

15) Vergleichung der franz. und preuß. Gesetze, ein Versuch von D A. v Oppen. Köln 1826. 8. III. Hefte.

16) Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Verfahrens. Erlangen 1822. Puchta über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverf. Baierns. Erlangen 1826.

17) Auch ein Wort über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des gerichtlichen Verfahrens. Lemgo 1828.

Verfaſſer von einer einſeitigen Vorliebe für ihre vaterländiſche Geſetzgebung befangen, oder durch eine gewiſſe politiſche Rückſicht geleitet, richterlich die Inſtitute einer Provinz gegen die andern Provinzen des Landes zu vertheidigen; manche dieſer Schriften ſind daher, ohne es ſcheinen zu wollen, polemiſcher Natur, und werden dadurch, wie alle polemiſchen Arbeiten, leidenſchaftlich; insbeſondere ſind manche derſelben durch einen Kampf des Mutterlandes gegen neue früher mit Frankreich vereinigte, erſt ſpäter an deutſche Herrſcher gekommene Provinzen, z. B. bei Gelegenheit der Frage: ob das franzöſiſche Recht aufgehoben und die Geſetzgebung des Mutterlandes allgemein eingeführt werden ſoll, veranlaßt. An eine gerechte Beurtheilung der vom Gegner vertheidigten Geſetzgebung iſt dabei wenig zu denken. Ueberhaupt bemerkt man leicht, daß häufig die Prüfung der ausländiſchen Geſetzgebung z. B. der franzöſiſchen, nicht mit der nöthigen Umſicht geſchieht. Man tadelt manche Einrichtung, weil man den innern Zuſammenhang derſelben mit einer Reihe anderer Verhältniſſe nicht erkennt, deren Bedeutung man nicht aus einem Geſetzbuche lernen kann; man bewundert dagegen manches Fremde, weil es blendet, oder herrſchenden Modeanſichten ſchmeichelt. Unter den, für eine gerechte Beurtheilung des franzöſiſchen Proceſſes wichtigen Schriften, muß beſonders die von Bellot [18]) ausgezeichnet werden; großer Scharfſinn, praktiſcher Verſtand, Fülle von Erfahrungen, dadurch erleichtert, weil in Geneve die franzöſiſche Proceßordnung längere Zeit galt, charakteriſiren das Werk. Die neueren legislativen Erſcheinungen (theils ſchon eingeführte Geſetzgebungen, theils Geſetzes-Entwürfe) können in folgende Klaſſen gebracht werden: 1) Einige beabſichtigen nur die Abſchneidung der Controverſen des gemeinen Rechts, beruhen daher völlig auf den Principien des deutſchen Proceſſes, deſſen eingeſchlichene Mißbräuche

18) Exposé des motifs de la loi pour la procedure civile du Canton de Geneve. Geneve 1821.

ſie ändern wollen, ohne von den bisherigen Grundlagen abzuweichen; dahin gehört die Bremiſche [19]), Naſſauiſche [20]) und Hannoverſche [21]) Geſetzgebung. 2) Andere bleiben zwar dem gemeinen Proceſſe in Bezug auf die Gerichtsverfaſſung und den weſentlichen Gang des Verfahrens treu, ſuchen aber durch das Herumziehen mehrerer Beſtimmungen des preußiſchen Proceſſes die Nachtheile zu entfernen, welche durch eine gewiſſe zu ängſtlich an die Verhandlungsmaxime klebenden Trägheit der Richter entſtanden ſind; hierher gehören die Würtembergiſche [22]) und Oldenburgiſche [23]) Proceßordnungen. 3) Andere bauen im Weſentlichen auf den franzöſiſchen Code de procedure und erſcheinen als Reviſionen deſſelben, z. B. die Proceßgeſetze von Geneve [24]), von dem Waatlande [25]), von dem Königreich der Niederlande [26]). 4) Andere ſind auf das Verhältniß berechnet, eine Geſetzgebung zu geben, welche zum Theil der Provinz, in welcher das franzöſiſche Recht noch gilt, anpaſſend iſt, und zum Theil auf die bisher im Mutterlande geltende Geſetzgebung gebaut iſt, mit verſchiedenen Proceßformen für die Untergerichte und einer andern für die Obergerichte. Dies iſt der Fall bei den Heſſiſchen Geſetzgebungs-Projekten [27]). 5) Andere enthalten eine völlige Umgeſtaltung der deutſchen Gerichtsverfaſſung und Proceßformen, ſie beruhen auf einer Miſchung franzöſiſcher Formen (z. B. durch Einführung der Oeffentlichkeit und der mündlichen Schluß-

19) S. davon in dieſem Archive Band V. nr. 11.
20) in dem Archive Band VI. S. 20.
21) in dieſem Archive XI. Bd. nr. 8. 12. 19.
22) in dieſem Archive Band III. S. 232. und VI. Bd. S. 6.
23) in dem Archive VII. Bd. S. 274.
24) ſ. dies Archiv Band VI. S. 33.
25) Davon im Archiv VIII. S. 412.
26) Archiv XI. Bd. S. 146.
27) Weber pragmatiſche Geſchichte der Verhandlungen der Landſtände von Heſſen über die proponirte Stadt- und Landgerichtsordn. Darmſtadt 1825.

Verhandlung, und deutscher Procedur in so fern ein schriftliches Verfahren zum Grunde gelegt wird. [28]). — Unter den Schriften, welche in Deutschland durch diese legislativen Bemühungen hervorgerufen wurden, verdient vorzüglich allgemeine Empfehlung der Commentar Spangenbergs zur hannöverischen Proceßordnung [29]), wichtig, weil darin die ständischen Verhandlungen benutzt sind, der Geist der einzelnen neuen Vorschriften historisch und philosophisch durch die gewissenhafteste Nachweisung neuerer Literatur entwickelt und eine Fülle wichtiger Rechtsfragen auf eine, auch dem außer Hannover lebenden Juristen, interessante Art praktisch zergliedert wird. Auch in einigen kleinern, auf die hannöverische Gerichtsordnung bezüglichen, Schriften [30]) finden sich manche beachtungswürdige Bemerkungen. — Auf die Baierische Legislation beziehen sich zunächst die Motive zur Proceßordnung [31]), der Bericht des landständischen Ausschusses über das Projekt [32]) und einige kleinere Schriften von Hins-

---

28) Dahin gehört der bairische Entwurf v. 1827. s. darüber dies Archiv XI. Bd. nr. 8. 12. und 19.

29) Commentar zur Proceßordn. für die Untergerichte des Königreichs Hannover, von Spangenberg. Hannover 1829. 1 Bd.

30) Bemerk. über die Proceßordnung für die Untergerichte des Königr. Hannover Hildesheim 1828 (von Hardek). Gegenbemerkungen dazu. Götting. 1828 (von Schulze). Bemerkungen zur Untergerichts-Ordnung von Hübner Lüneb. 1828. Ueber die Gränzen der Anwendbarkeit der alten Proceßgesetze (von Mayersburg) Lüneb. 1828.

31) Unter dem Titel: Motive zum revidirten Entw der Proceß-O. München 1827 (auch als Beilage X. der Landtags-Verhandl.).

32) Bericht des Abgeordneten Rudhart im Namen des Gesetzgebungs-Ausschusses der Kammer der Abgeordn. zur Ständeversammlung über den revidirten Entw. Münch. 1828. wichtig durch die Fülle scharfsinniger Bemerkungen des Berichterstatters und durch die Zusammenstellung der wichtigsten Stimmen der Mitglieder der Commission.

berg [33]), Kiliani [34]), Nibler [35]), und von der Becke [36]). Die letzte iſt die gehaltreichſte, indem ſie (daß ſie häufig zu hart den Entwurf beurtheilt, iſt zwar nicht zu läugnen) nicht ohne Grund gegen das Syſtem ſich erklärt, das in einer gewiſſen bunten Miſchung heterogener Elemente die Aufgabe erreichen will. Ueberall bewährt ſich in der Schrift der mit dem Geiſte der Legislation vertraute, durch eine reiche, in den verſchiedenartigſten Verhältniſſen des Geſchäftslebens geſammelte Erfahrung ausgerüſtete Rechtsgelehrte. — Betrachtet man manche dieſer neuen Legislationen, ſo kann man die Ueberzeugung nicht unterdrücken, daß die Legislatoren ſich häufig mit dem Zuſtande der Doktrin nicht hinreichend bekannt, und das Verhältniß der Legislation zur Wiſſenſchaft ſich oft nicht genug klar gemacht haben. Mit einer flüchtigen Vorbereitung, in welcher der mit legislativen Arbeiten Beauftragte ſchnell alle neuen erſchienenen Werke zuſammenrafft, und verſchlingt, um aus jedem Buche ein Paar Citate zu geben, iſt die Sache nicht beendigt. Es bedarf eines tiefern Eingehens, um des von der Wiſſenſchaft aufgehäuften Stoffs ſich bemächtigen zu können. Die übel verſtandene Oekonomie mancher Regierung, welche die legislativen Arbeiten ihren, mit andern Geſchäften oft ſchon ſchwer beladenen, Beamten aufträgt, und ſie nöthigt, in Nebenſtunden die Legislation zu treiben, oder die Eile, mit der man oft mit Extrapoſt die Geſetzes-Entwürfe arbeiten läßt, kann keine große Reſultate hervorbringen. — Betrachte man einmal die

---

33) v. Hinsberg Bemerkungen über den Entw. der Proceßordn. München 1827.

34) Kiliani Betrachtungen über das Kapitel von der Exemtion im revid. Entw. Würzburg 1828.

35) in Zurheins Beitr. zur Geſetzg. und prakt. Jurisprudenz. Würzb. 1829 III. Bd. 1. Heft. nr. 1.

36) Ueber die Verbeſſerung der Rechtspflege im Königr. Baiern in ſpecieller Beziehung auf den revid. Entw. München 1829.

Vorschriften mancher neuen Legislation über Adcitation, über Legitimation zur Sache, über Streitgenossenschaft, und frage sich ehrlich: ob die Redaktoren wahrhaft mit dem Ergebniß der wissenschaftlichen Forschungen über diese Lehren sich vertraut gemacht haben. — Analysire man dann die Vorschriften mancher Entwürfe über Verhältniß des Beweises und Gegenbeweises, über Abwägung des Gewichts der Zeugen-Aussagen, und frage: ob nicht darin blos allgemeine Regeln stehen, welche dem erfahrenen Richter ganz entbehrlich sind, den ungeschickten nicht klüger machen, und eigentlich nur erklären: wir rechnen auf ein vernünftiges Ermessen der Richter. — Noch schlimmer ist der Geist des Flickens und Accomodirens in der Art, daß man durch die neuen Legislationen es allen Leuten Recht machen und von jeder neuen Legislation etwas annehmen will; durch die Vorschrift des deutschen Schriftenwechsels befriedigt man die alten Juristen, durch die öffentliche Schlußverhandlung leistet man den Freunden des französischen Processes, und durch den status causae den Anhängern des preussischen Verfahrens ein Genüge. Man vergißt dabei nur, daß mit dem neuen Produkte, weil es ein Flickwerk ist, Niemand zufrieden, das Volk aber gewiß unzufrieden seyn wird, weil die legislativen Experimente auf seine Kosten gemacht worden sind. Kömmt dazu noch das Uebel, daß die Sparsamkeit der Regierung von durchgreifenden Aenderungen sich scheut, und — ut aliquid fecisse videatur, mit halben Maaßregeln sich begnügt — wobei der verborgene Grund der ist, daß die neue Proceßordnung wohlfeiler für den Staat seyn soll, so ist wenig Heil zu erwarten, und um so weniger, als oft in den Gesetzes-Commissionen selbst nach Stimmenmehrheit eine Ansicht siegt, welche zu dem ganzen vom ersten Redakteur aufgeführten Gebäude nicht wohl paßt, und nur in den Entwurf eingeflickt ist. — In den durch die öffentlich bekannt gemachten Entwürfe veranlaßten Schriften erkennt man nicht selten die Stimme der Leidenschaft, welche entweder vns einer verkehrten Anhänglichkeit an das Beste-

hende, oder aus Intereſſe, weil ein gewiſſer Stand durch die neue Einrichtung an ſeinen erworbenen Rechten zu verlieren fürchtet, oder aus Unverſtand, mit welchem man das Fremde angreift, welches man oft nicht kennt, oder aus Partheigeiſt, weil der Schriftſteller ſich von der Regierung zurückgeſetzt ſieht, oder neidiſch auf die Mitglieder der Geſetzgebungs-Commiſſion ſieht, — eine feindliche Stellung gegen die neuen Vorſchläge annimmt. — Auf dieſe Art iſt häufig der Gewinn der Wiſſenſchaft aus ſolchen, durch den Augenblick hervorgerufenen und ihm nur angehörigen Schriften nicht ſo groß, als es ſcheint. — Es ſey nun erlaubt, bei den einzelnen Haupttheilen des deutſchen Proceſſes zu verweilen und unpartheiiſch zu prüfen, was ſie durch neuere Bearbeitungen gewonnen haben.

I.

Reſultate der Forſchungen über die geſchichtliche Ausbildung des Proceſſes.

Der gemeine deutſche Proceß iſt aus drei Hauptquellen, dem römiſchen, dem kanoniſchen und dem deutſchen Rechte abzuleiten. Sollen wir nun von einem völlig befriedigenden Reſultate der hiſtoriſchen Forſchungen [37]) ſprechen dürfen, ſo müßte jede dieſer Quellen ſelbſt in ihrer Reinheit aufgeſucht und ihr Ergebniß dargeſtellt, vorzüglich aber die Art der Verbindung dieſer Quellen, wie daraus der gemeine Proceß geworden iſt, nachgewieſen werden [38]). Die große Auf-

37) Ueber die hiſtoriſche Behandlung des gemeinen Proceſſes in Deutſchland ſ den Aufſatz (von Pollinger) in Zurheins Jahrb. des gemeinen deutſchen Proceſſes. Nürnb. 1. H. nr. 6.

38) Ueber die Vorwürfe, welche man nicht ſelten manchen Anhängern der hiſtoriſchen Schule (gewiß aber nicht der hiſtoriſchen Methode ſelbſt), auch in Bezug auf den Proceß, nicht ohne Grund machen kann, hat einer der geiſtreichſten neuern Juriſten, ſelbſt Freund der hiſtoriſchen Forſchung, Roſſi, in ſeinem traité de droit penal. Paris 1829. Vol. I.

gabe der hiſtoriſchen Behandlung in Bezug auf den erſten Punkt wäre dann, die Principien zu conſtruiren, welche das Verfahren nach jeder dieſer drei Rechtsquellen leiteten, und zugleich ein klares Bild von dem Ineinandergreifen der einzelnen Handlungen im Verfahren nach jeder der drei Quellen, zu liefern. So müßten wir z. B. in Bezug auf den römiſchen Proceß und zwar dem zu Juſtinians Zeiten ausgebildeten Verfahren wiſſen, wie weit der Richter von Amtswegen thätig ſeyn durfte, in wie fern Oeffentlichkeit, Mündlichkeit, Eventualmaxime [39]) vorkommen, wir müßten uns klar angeben können, wie weit damals der Richter das Beweisverfahren leitete, wir müßten den Gang aller einzelnen Handlungen in der Inſtanz der Rechtsmittel klar einſehen. Will man nun ehrlich ſeyn, ſo iſt die Ausbeute der hiſtoriſchen Forſchungen darüber noch lange nicht ſo groß, als man es wünſchen möchte. Unſere heutigen Juriſten ſtreiten ja über die unſerem Verfahren zum Grunde liegenden Principien, wie dürfen wir leicht hoffen, aus den mageren Fragmenten, welche die Pandekten-Excerpte und Conſtitutionen der Kaiſer ausge-

p. 47. gewichtige Worte geſagt. Er bemerkt: L'école historique serait à l'abri de tout reproche, si elle ne cédait pas trop souvent à deux penchans, d'ailleurs assez naturels chez les hommes qui s'occupent essentiellement de comprendre et d'expliquer le passé. L'un est le penchant à tout approuver, à tout justifier, comme si nos ancêtres n'eussent jamais commis de fautes, comme s'ils n'eussent jamais lutté contre leur propre civilisation. L'autre est le penchant à nous donner le dernier état historique, non comme un point de départ, mais comme le type de la perfection, comme l'idéal du mieux possible dans ce monde. L'école historique ne remplira parfaitement sa mission qu'en se persuadant que l'histoire est l'auxiliaire essentiel de la science, mais qu'elle n'est pas la science.

39) Es exiſtirt noch keine genügende Nachweiſung, wie die Exceptionen im Verfahren vorgetragen werden mußten, und was im Juſtin. Rechte die ſogenannten, von uns privilegirte genannte, Einreden für eine Bedeutung hatten.

ben, mit Sicherheit die Principien des römischen Verfahrens ableiten zu können? In jeder Proceßgebung ist es vorzüglich erst der Gerichtsgebrauch, welcher die Lücken der Gesetzgebung ausfüllt, die Anwendung der Gesetze dem Bedürfnisse anpaßt, und das Ineinandergreifen der processualischen Handlungen lehrt. Diesen römischen Gerichtsgebrauch aber lernt man so wenig aus dem Corpus juris, oder aus Gajus genügend kennen, als unsere deutschen Juristen den französischen Civilproceß aus dem Code kennen lernen. Sage man doch uns recht ehrlich, in wie fern wir beweisen können, wie im römischen Processe unsere sogenannte interventio vorkam? Was geschah denn, wenn zwei Intestaterben über Gradesnähe stritten und der Testamentserbe intervenirte [40])? Wer gibt uns mit Bestimmtheit an, wie im Falle der Klageänderung (nach §. 35. Inst. de act.) procedirt wurde — wie wurde überhaupt der Beweis angetreten? Da Streitigkeiten über die Beweislast vorkommen konnten, so frägt man mit Recht, wer über diesen Streit entschied, und wie das Verhältniß des Beweises und Gegenbeweises war. — Wenn wir auch nicht den Glauben theilen können, daß wir schon völlig über alle Punkte des römischen Processes im Reinen seyen, so wollen wir deswegen nicht unterlassen, dankbar die Resultate der bisherigen Forschungen anzuerkennen. Es ist bekannt, daß eigentlich erst seit der Zeit, als die Inst. von Gajus wieder aufgefunden wurden, es möglich war, manche, zuvor nie klar gewordene, Stellen in römischen Classikern oder in den Juristen sich klar zu machen; erst durch Gajus erhielten wir Nachrichten über das Verhältniß der legis actiones und der Formular-Jurisprudenz. Daraus ergibt sich aber, mit welcher Vorsicht die älteren Forschungen, selbst angesehener Juristen, über den römischen Proceß, z. B. von Pollet, Bretus, Malblank u. s. w. benutzt werden müssen. Aber auch seit der Bekannt-

40) Linde in seinen Abhandl. aus dem Processe. II. Bändchen S. 150. läugnet die Existenz der Principal-Intervention im römischen Rechte.

ſchaft mit Gajus dürfen wir uns noch nicht einer umfaſſenden Bekanntſchaft des römiſchen Proceſſes rühmen. Mit Klarheit geſchrieben und brauchbar wegen mancher Vergleichung mit dem neueren franzöſiſchen Proceſſe iſt die Schrift von Dupont [41]), und nicht ohne Werth wegen der mit Fleiß in ein klares Bild zuſammengedrängten Darſtellung iſt eine akademiſche Schrift von Burnouf [42]) und für die legis actiones und die damit verwandten Lehren in holländiſcher Manier geſchriebene Diſſertation von Haſſelt [43]). Nach Hypotheſen jagend, und einer gewiß unerweislichen Haupt-Hypotheſe, daß die litis contestatio und editio actionis erſt vor dem judex in judicio vorgekommen ſey, Alles opfernd iſt Tigerſtroem's [44]) Buch höchſt originell und mit Scharfſinn combinirend, mit reichem Material angefüllt, verführt aber leicht durch die Gewandtheit, mit welcher er die zuvorbemerkte Hypotheſe und die Anſicht durchführen will, daß noch in der ſpätern Kaiſerzeit die Trennung von jus und judicium vorgekommen ſey; — viele einzelne treffliche Notizen über römiſchen Proceß verdanken wir den Schriften Hefftter's, insbeſondere mehrere kritiſche, die Berichtigung des Textes in Gajus bezweckende, Arbeiten [45]). Durch eine klare Anſicht, die mit Geiſt die innere Ordnung der Theile des römiſchen Proceſſes deutlich zu machen ſucht, zeichnen ſich mehrere in Mühlenbruchs Entwurf vorkommende Bemerkungen aus, und Bethman Hollweg's Abhandlungen [46]) werden durch

41) Com in Gaji Inst. lib. IV. Lugd. Bat. 1822.

42) Burnouf de re indicata et de re judiciariae apud Romanos disciplin. Paris 1824.

43) van Hasselt de legis actionib. Groning. 1826.

44) G. de Tigerstroem de judicibus apud Romanos. Berol. 1826.

45) Gaji Institutionum Com. quart. recens restit. conat. observ. adj. Hefftter. Berol. 1827.

46) Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilproceſſes. Berlin 1827.

die Gründlichkeit wichtig, mit welcher der Verfasser in das Detail einzelner Lehren eingeht. — Eine durch Scharfsinn und große Quellenkenntniß ausgezeichnete Monographie über Litiscontestation lieferte Keller [47], bei dieser Schrift ist nur zu wünschen, daß der Verfasser auch den Theil, der am schwierigsten und eben praktisch am wichtigsten ist, nämlich das Verhältniß der Litiscontestation im Justinianischen Processe, bearbeite. Am bedeutendsten, weil die Vorarbeiten am sorgfältigsten, überall mit genauer Prüfung, benutzt sind, und weil das Detail am vollständigsten gegeben wird in Zimmern's Werk [48]. Noch verdienstlicher wäre das Werk geworden, wenn die Einleitungen in den römischen Proceß überhaupt, und in jedem Abschnitt vollständiger gegeben worden wären; die Geschichte des römischen Processes hängt mit so vielen staatsrechtlichen Umwälzungen Roms, mit der Geschichte bürgerlicher Freiheit, mit der eigenthümlichen Ansicht des Alterthums von der Richtergewalt und in Bezug auf die Formeln mit dem Verhältnisse der Plebejer und Patricier zusammen, daß die Klarheit der Uebersicht durch das Hervorheben der Geschichte dieser Elemente sehr gewonnen haben würde. — Auch wird man sich den römischen Civilproceß ganz anders klar machen, wenn man den Einfluß des Verhältnisses der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit erwägt, daher wir glauben, daß manche Angabe vom Civilproceß erst recht Licht und Klarheit bekommt, wenn der Bearbeiter den Gang des französischen Processes sich vorstellt. Das römische Contumacial-Verfahren wird deutlich durch die Erwägung der ähnlichen Procedur in Frankreich. — Reiche, wenn auch kurze, aber sorgfältig abgewogene Andeutungen über röm. Civilproceß finden sich in Hugo's

47) Keller über Litiscontestation und Urtheil nach klass. röm. Recht. Zürich 1827.

48) Der römische Civilproceß in gesch. Entw. bis auf Justinian (auch als III. Band seiner Rechtsgeschichte). Heidelb. 1829.

hinreichend bekannter Rechtsgeschichte, zu welcher Schilling [49]) einige aufklärende Erörterungen gab [50]). —

Weniger noch ist für die zweite Quelle unsers Processes, für den kanonischen Proceß gethan worden. Eine sehr magere flüchtige Uebersicht gibt eine Dissertation von Felsecker [51]), die Hauptschrift von Oughton [52]) ist fast unbenutzt von unseren Proceßualisten geblieben. Bekanntlich haben sich in England, bis zur neuesten Zeit, geistliche Gerichte erhalten, z. B. das consistory court in jeder Diöcese, das Gericht des Archidiakons ꝛc. Zur Competenz des ersten Gerichtshofs gehören z. B. Ehesachen, Testaments-, Zehendsachen u. A. In diesen Gerichten gilt nur das römische und kanonische Gericht, und im Wesentlichen hat sich dort die Procedur, wie sie schon im Mittelalter nach dem kanonischen Rechte üblich war, und sich bei geistlichen Gerichten überhaupt fortgebildet hatte, erhalten. Oughton gibt nun eine treffliche Entwikkelung dieser Procedur der englischen geistlichen Gerichte, und dadurch zugleich reiche Materialien für das Verstehen des kanonischen Verfahrens überhaupt [53]). — Soll die Bearbei-

---

49) Schilling Bem. über röm. Rechtsgeschichte. Leipz. 1829.

50) Mehrere wichtige Aufklärungen über einzelne Punkte des Civilprocesses s. noch in Dissertationen und in den im rhein. Museum vorkommenden Aufsätzen. Davon soll im Verfolge dieser Abhandlung bei der Prüfung der einzelnen Lehren gehandelt werden.

51) Felsecker diss. cont. delineat. eorum quae per decretales in processu Romanor. civil. mutata novaque introd. pent. Heidelb. 1828.

52) Th. Oughton Ordo judiciorum sive methodus procedendi in negotiis et litibus in foro ecclesiastico civili britanico et hibernico. Lond. 1778.

53) Wir glauben unsern Lesern einen Dienst zu thun, wenn wir aus diesem in Deutschland höchst seltenen Werke als Probe den Titel 61 aus Oughton abdrucken lassen. Es heißt:

Oughton ordo judiciorum lit. 61.
de contestatione litis:

tung des gemeinen deutſchen Proceſſes eine feſte Grundlage erhalten, ſo muß nachgewieſen werden, wie das römiſche

I. Actor, seu potius Procurator Actoris, in die assignato Reo ad respondendum Libello, dicit; in praesentia Rei seu ejus procuratoris: Peto Responsum dari Libello, juxta Assignationem vestram.

II. Tunc Reus, si non vult. Litem negative contestari, potest fateri Libellum, et Litem contestari affirmative, et submittere se Judici, et offerre Expensas, per eum taxandas: Quod saguissime contingit in Causis Diffamationum.

III. Sed si intendit contestari Litem negative, dicendum est, in hunc modum Ego (sub Protestatione de nimia generalitate, ineptitudine, obscuritate, nullitate, et indebita specificatione dicti Libelli, respondendo eidem) dico narrata, proutin eodem Libello narrantur, vera non esse, et ideo petita, prout petuntur, fieri non debere, animo Litem contestandi negative.

IV. Tunc Actor: Libellus est articulatus, et ideo eundem, in vim Positionum et Articulorum repeto, et per Dominationem vestram, sic repeti et admitti peto.

V. Quibus Judex: Repetimus hunc libellum in vim Positionum et Articulorum; et pro repetito habere volumus; eundemque admittemus; salvo Jure (impertinentium, et non admittendorum.

VI. Actor: Est Libellus articulatus, et in vim Positionum et Articulorum repetibus, et ideo peto Responsum dari Positionibus ejusdem, ab ipso Reo et Procuratore partis adversae.

VII. Reus: Non credo Positiones esse veras.

VIII. Actor: Juro, quod credo me posse melius relevant ex Responsis Partis principalis, quam Procuratoris ejus, occupantis in Causa: Placebit igitur decernere Partem principalem citandam fore, erga aliquem diem competentem, ad personaliter respondendum Positionibus dicti Libelli.

IX. Judex: Decernimus Partem principalem esse citandam, ad personaliter respondendum Positionibus dicti Libelli (tali die) statuendo diem; juxta Distantiam loci habitationis Rei, a loco Judicii.

Recht im Mittelalter theils in dem kanoniſchen Rechte verſtanden und angewendet, theils von den Schriftſtellern, welche die Praxis der geiſtlichen Gerichte wiſſenſchaftlich darſtellten, aufgefaßt würde. Es kann nicht genug hervorgehoben werden, daß wir das römiſche Recht im Proceſſe wohl in ſeiner Reinheit, wie es nach den Quellen ſich ergibt, aber nur ſo, wie es im Mittelalter und in der ſpätern Praxis betrachtet wurde, zum Grunde legen können. Für das Studium des kanoniſchen Proceſſes aber leitet die Rückſicht, daß die Romaniſten und Dekretiſten in Italien ſelbſt überall germaniſches Recht, da ſie vom römiſchen Rechte abwichen, lehrten, und ihr Anführen der generalis consuetudo iſt nichts weiter, als das Anerkennen der verbreiteten germaniſchen Anſicht. Wir finden in zahlreichen Inſtituten und Rechtsſätzen des kanoniſchen Rechts die Berufung auf germaniſche Inſtitute, oder die Einwirkung germaniſcher Anſichten, z. B. in der Lehre von dem Spolium, von dem Reinigungseide u. A. Für ſolche Nachweiſungen iſt von unſern Bearbeitern des Proceſſes faſt noch nichts geleiſtet. Erſt in neuerer Zeit hat man wieder begonnen, in einzelnen Lehren die Zeugniſſe von Duranti, in ſeinem Speculum, Joanis Andrea, Tancred, Odofred zu benutzen [54]), aber eine vollſtändige Darſtellung der Rechtsanſichten dieſer Männer, beſonders über Anwendung des römiſchen Rechts im Proceſſe, vermiſſen wir noch. Es

---

X. Procurator Rei: Dissentio; et peto Terminum assignari Actori, ad probandum libellum.

XI. Judex: Assignamus, ad probandum tres (vel quatuor) dies juridicos; juxta loci Distantiam, in quo Actor habitat, a loco judicaria, et gravitatem Causae.

54) Hierher gehört spec. histor. studiorum et merit. gent. in theoria ordinis judicior. privator. per german. excol. tam legulat. quam juriscons. excell. auct. Martin. Jen. 1823. und viele literar-hiſtoriſche Notizen über Joanes Andrea in v. Savigny Geſch. des röm. Rechts III. Th. S. 27. 586 — über Duranti — Savigny V. S. 501.

iſt ganz richtig, daß das kanoniſche Recht gewöhnlich die römiſchen Ausdrücke beibehielt; es kommt aber darauf an, zu zeigen, wie durch die veräuderte Anſicht von Trennung des jus und judicium durch die Schriftlichkeit des Verfahrens die Begriffe ihrem Weſen nach ſich umgeſtalteten. — Zum Verſtehen des alten Proceſſes, wie er durch Dekretiſten des Mittelalters ſich bildete, ſind beſonders Darſtellungen des damals üblichen Verfahrens bedeutend. Ein Hauptbuch dieſer Art iſt das unter dem Titel: Proceß Belials gegen Chriſtus bekannte, eigentlich 1389 von Jakob v. Teramo in Padua geſchriebene Rechtsbuch, in welchem alle Theile des Proceſſes ſelbſt mit Formularien dargeſtellt werden [55]). Noch wichtiger ſind die aus dem 13ten Jahrhundert ſtammenden Sammlungen des damals geltenden Gewohnheitsrechts, insbeſondere der proceßualiſchen Gebräuche, manche derſelben haben ſelbſt Geſetzeskraft erhalten; hierher gehört das Sicilianiſche Geſetzbuch von P. de Vineis [56]), die Sammlung von P. des Fontaines [57]) und Beaumanoir [58]) in Frankreich, und die ſpaniſche ſpäter erſt zum Geſetzbuche erhobene, noch in Spanien geltende, unter dem Namen: siete partidas [59]) bekannte Arbeit. Den Sammlern ſchwebte überall römiſches Recht vor, ſie bedienen ſich römiſcher Ausdrücke, aber ſie paſſen es zugleich den germaniſchen Gerichts-

55) Es iſt öfter lateiniſch und deutſch herausgegeben worden. Darauf gründet ſich auch der von Ayrer unter dem Titel: Hiſtoriſcher Processus juris, in welchem ſich Lucifer über Jeſum ꝛc. Frankf. 1597.

56) v. 1231 in Canciani barbar. leges. Vol. I. p. 297. S. über P. de Vineis, Savigny Geſchichte V. S. 195.

57) unter dem Titel geſammelt: Souseil que Pierre donna à son ami, abgedruckt in du Cange hist. de St. Louis. Paris 1668. 3te Abthl. S. 77—160.

58) Livres des coutumes et usages de Beauvoisis (er ſtarb 1283) von Thaumaſſiere herausgegeben. Paris 1680.

59) geſammelt 1259. beſte Ausgabe Madrid 1807. III. Bde.

gebräuchen an. Bedeutend, um den Einfluß des römischen und kanonischen Rechts im 14ten und 15ten Jahrhundert auf den in den germanischen Staaten ausgebildeten Proceß kennen zu lernen, ist noch das Werk von Boutillier [60]), das nicht blos in Frankreich, sondern auch in den Niederlanden [61]) Eingang erhielt, und durch große Deutlichkeit und systematische Darstellung des Processes sich auszeichnet. Reichhaltige Noten von Charondas zu dem Werke machen die von dem letzten Schriftsteller besorgte Ausgabe [62]) wichtig. —

Für die geschichtliche Nachweisung der Bildung des deutschen Processes ist in neuerer Zeit viel im Einzelnen durch Sammlung von Materialien und durch Begründung einer richtigen Behandlungsweise der Quellen überhaupt geleistet worden. Rogge's Buch [63]) zeichnet sich durch eine, wenn auch oft in gewagten Hypothesen sich gefallende, Entwickelung des Geistes der ältesten deutschen Procedur aus. Grimm hat aus der Fülle seines Wissens [64]) und durch Hülfe der Sprachforschung manche völlig neue Ansichten über einzelne Punkte des deutschen Processes mitgetheilt, Wigand [65]) hat durch das Anknüpfen der Forschungen über Geschichte der Vehmgerichte an die allgemeinern deutschen politischen und Gerichtsverhältnisse interessante Bemerkungen geliefert; bekannt sind die durch die Münchener Preisaufgabe ins Leben gerufenen Schriften von Maurer, Freiberg, Buchner und Steiner [66]), von welchen die erste durch die ausgebrei-

60) Some rural. (er schrieb vor 1400) Bruges 1479.

61) Birnbaum in der Zeitschrift für Gesetzgeb. und Rechtsw. des Auslandes. 1. Bd. S. 151.

62) Paris 1603.

63) Ueber das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820.

64) Deutsche Rechts-Alterthümer. Göttingen 1828.

65) Wigand das Femgericht Westphalens. Hamm 1825.

66) Maurer Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. Heidelb. 1824. Buchner das öffentl. Gerichtsverf. Erl. 1825. Freiberg über d. altd. öffentl. Gerichtsv. Landsh. 1823. Steiner über d. altdeutsche Gerichtsv. Aschaffenb. 1824.

tete Gelehrsamkeit und die Benutzung der englischen (Bracton's Hauptwerk [67]) blieb zwar unbenutzt) und der französischen Rechtsquellen, die zweite und dritte durch eine einfache, klare Darstellung der Bildung des Baierischen Gerichtswesens sich auszeichnen. — Einer, allen Forderungen entsprechenden, vollständigen Geschichte des deutschen Processes erfreut sich übrigens die deutsche Literatur noch nicht. Noch immer fehlt uns eine durch alle Perioden durchgeführte Entwickelung des Zusammenhangs der Bildung der deutschen Gerichtsverfassung mit der Geschichte bürgerlicher Freiheit, und der in jedem Zeitalter einwirkenden politischen Verhältnisse, so wie die Nachweisung des allmähligen Einflusses römischen und kanonischen Rechts; am meisten aber fehlt es an der Erforschung, in wie fern der noch jetzt geltende gemeine deutsche Proceß durch germanische Rechts-Ideen bestimmt worden ist. Man hat Unrecht, wenn man seit Verbreitung des römischen Rechts im 16ten Jahrhundert das deutsche Recht als völlig durch fremdes Recht verdrängt ansieht; es läßt sich vielmehr nachweisen, daß Hauptansichten unseres heutigen Processes, insbesondere viele Vorschriften der Reichsgesetze des 16ten Jahrhunderts, Ueberbleibsel germanischer (oder, wenn man lieber will, deutscher) Einrichtungen sind. — Die vor dem jüngsten Reichsabschied vorkommende Sitte, daß der Kläger nicht sogleich bei Gericht die Klage förmlich einbrachte, sondern erst um einen Termin, gleichsam um richterliche Erlaubniß, die Klage vorbringen zu dürfen, bitten mußte, ist deutschen Ursprungs. — Unsere Eventualmaxime stammt zum großen Theile aus Ansichten des deutschen Processes; der Mandats-, der Executivproceß, und viele Bestimmungen des heutigen jüngsten Besitzprocesses haben rein deutschen Ursprung, eben so wie das System unserer, in vielen deutschen Gegenden vorkommenden, nicht-devolutiven Rechtsmittel blos aus dem deutschen Processe stammt.

67) Bracton de legib. et consuetud Angliae (schrieb im XIII. Jahrh.) Lond. 1569 1640.

Man irrte sehr, wenn man glaubte, daß im 16ten Jahrhundert die alte deutsche Gerichtsverfassung untergegangen sey; in einem, dem Verfasser dieses Aufsatzes vorliegenden, Manuscript, worin ein Proceß zwischen dem Herrn v. Steinburg und den Bischöfen von Straßburg vorkommt, wurden Zeugen darüber vernommen, ob sie den Unterschied von Appelliren und Ziehen kennen; aus den Verhandlungen ergibt sich, daß noch spät bis zur Einführung des französischen Rechts in Elsaß das Dorf Steinfurt seinen Zug nach Marlenheim, seinen Oberhof, hatte; Marlenheim, welches dem Bischofe von Straßburg gehörte, hatte aber keinen Gerichtszwang über Steinfurt, und nur die Einholung der Rechtsbelehrung, im Sinne des Mittelalters, war der Zweck dieses Zugs. Ein Hauptbeispiel, wie manche Lehre des heutigen Processes, sich aus dem deutschen Rechte erklärt, gibt der Diffessionseid. Bekanntlich hatten nur einige Personen, nach dem Rechte des Mittelalters, die Befugniß, ein eigenes Siegel zu führen; durch ein solches Siegel aber wurden die Urkunden, bei welchen nach altem Gebrauche keine Unterschriften vorkamen [68]), voll beweisend; wurde nun eine Urkunde, an welcher das Siegel einer Person hing, gegen diese Person producirt, und läugnete der Produkt die Aechtheit der Urkunde, so war es natürlich, daß man von ihm einen Eid forderte, wodurch er sich von dem Verdachte losschwur [69]); da man voraussetzen durfte, daß jeder gehörig sein Siegel bewahrte, und daher die Vermuthung dringend war, daß die Urkunde von demjenigen herrührte, dessen Siegel daran sich befand. Als nun später zwar die Formen der Urkunden sich änderten und die Unterschrift die Stelle des Siegels vertrat, dauerte die Ansicht fort, daß derjenige, dessen Unterschrift an einer Urkunde sich befand, sich losschwören müsse, woraus der Diffessions-Eid entstand. Die Hauptaufgabe bei der historischen Entwik-

68) Meine Grundsätze des gemein. deutschen Privatrechts §. 64.

69) Völlig klar wird der Ursprung dieses Eides aus dem alten culmischen Recht. III. 74.

kelung unseres heutigen Processes wäre nun, nachzuweisen, wie im 16ten Jahrhundert, als die Schöffen-Verfassung allmählig aufhörte, und römisches und kanonisches Recht zu dem gemeinen Rechte erhoben wurden, aus der Verbindung des fremden Rechts mit der Praxis der geistlichen Gerichte und den deutschen Rechtsansichten ein neues Recht entstand. — Zur Erkenntniß desselben bedarf es 1) der Benutzung der im 16ten Jahrhundert entstandenen Darstellungen des damaligen Processes von Termineus [70]), von Auerbach [71]) und vorzüglich des für die Erkenntniß der norddeutschen Praxis wichtigen Werkes von Giesebert [72]); 2) der Sammlungen, der bei dem Kammergerichte verhandelten Fälle und der, die kammergerichtliche Praxis erörternden Schriften [73]); 3) der Particulargerichts-Ordnungen, welche in dem 16ten Jahrhundert entstanden [74]). Sie bezeugen am besten die Art, wie man damals die Stellen des fremden Rechts anwendete, und welche neue Institute durch das Bedürfniß gebildet wurden. 4) Eine höchst wichtige Ausbeute geben endlich die italiänischen Statuten aus dem Ende des 15ten und Anfang des 16ten Jahrhunderts [75]). Sie setzen die Kenntniß des durch die italiänischen Praktiker des Mittelalters ausgebildeten Gerichtsgebrauchs voraus, und beschäftigen sich besonders umständlich mit dem Proceß, bei welchem sie weit ausführlicher, als es in den deutschen Gerichtsordnungen dieser Zeit geschieht, das

---

70) Termineus process. jur. script. et consuet. freq. per German. Colon. 1570.

71) J. de Auerbach process. jur. Lips. 1512.

72) Giesebert pericul. statut. harm. pract. Lubec. 1650.

73) Dahin gehören die Schriften von Gail, Sichard, Cothmann, Mynsinger.

74) In den Obergerichts-Ordnungen der damaligen Zeit ist schon mehr der Einfluß des fremden Rechts sichtbar; in manchen Untergerichts-Ordnungen erhielten sich mehr deutsche Institute.

75) Ein Verzeichniß solcher italiänischer Statute s. in meinen Grundsätzen d. deutschen Privatrechts IV. Aufl. 1830. S. 123.

Detail des Verfahrens angeben. Sie ſind wichtig, um die Art, wie römiſches Recht Eingang fand und mit germaniſchen Einrichtungen ſich miſchte, zu zeigen.

Soll die hiſtoriſche Bearbeitung des Proceſſes die reiche Ausbeute liefern, welche wir bedürfen, ſo muß auch ein Blick auf das Ausland und auf die Art, wie dort das römiſche Recht Eingang gefunden und wie aus germaniſchen Elementen das Civilverfahren ſich ausgebildet hat, geworfen, und eben ſo die Ausbildung des deutſchen Proceſſes in den deutſchen Partikularrechten näher gewürdigt werden. Die Kenntniß der Einführung des römiſchen Rechts in den Proceß geben vorzüglich die franzöſiſchen Arretiſten, welche die wichtigen, bei einem franzöſiſchen Parlamente ergangenen arrêts geſammelt haben. Es finden ſich oft darin die ſcharfſinnigſten Unterſuchungen über einzelne römiſche Vorſchriften über die Gründe, warum ein Satz nicht anwendbar befunden wird, und da überall die franzöſiſchen klaſſiſchen Juriſten, Cujacius, Donell, Faure ꝛc. benutzt ſind, ſo ſind die arrêts auch den deutſchen Juriſten wichtig. Am meiſten müſſen die arrêts jener Parlamente beachtet werden, welche für die Provinzen du droit ecrit errichtet wurden. Manche dieſer arrêts gehören ſchon dem 15ten Jahrhundert an [76]). Auch die

76) Zu den wichtigſten Sammlungen gehören: Guido Papae decision. Grationop. Lugd. 1520. 1542. 1575. — Boerii decision. burdigalens. Lugd. 1544. — Roberti rer. judicatae lib. IV. Par. 1599. Placitorum juriae apud Gallos Curiae. lib. XII. per Luciani. Par. 1553. Papon recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France. Par. 1514. Arrêts du parlement de Bretagne pris des mémoires de Jen. Frain (par Plevin) Rennes 1684. (treffliche hiſtoriſche Unterſuchungen über die frühe Geſchichte der Einführung des römiſchen Rechts in Frankreich). Größere Sammlungen ſpäterer arrêts ſind von Brillon dictionnaire des arrêts ou jurisprud. unus des parlemens. Paris. 1727. 6 Vol. Collection de decisions nouvelles et notions relatives à la jurisprud. par Denisart. Par. 1754. 6 Vol. nouv. edit. par Camus et Bavard. Paris 1783. 9 Vol.

wissenschaftliche Ausbildung, welche der Proceß bei Franzosen und anderen Völkern Europa's gefunden hat, verdient genaue Beachtung, nur muß bei dem Gebrauche dieser ausländischen Werke besondere Vorsicht angewendet werden. So ist z. B. in Bezug auf Frankreich wichtig, daß auf die Ausbildung des französischen Civilproceſſes weit mehr das römische als das kanonische Recht Einfluß gewonnen hat, daher in so vielen Controversen [77]) eine völlig andere Entscheidung in Frankreich, als in Deutschland vorkommt. Reich an feinen praktischen Bemerkungen über Proceß sind die Schriften von Jousse [78]) und Rodier [79]). Sie gehören [80]) noch zum Verstehen des heutigen französischen Civilproceſſes. Weniger unmittelbare Ausbeute für den deutschen Proceß geben die Bearbeiter des heutigen französischen Verfahrens. Leider findet sich bei der Mehrzahl ein gewisses Streben, dem gemeinen Praktiker durch blos geistlos abgefaßte Formularbücher zu Hülfe zu kommen; Grundsätze werden selten gegeben, allgemeine praktische Regeln, Anführung von Fällen, geistreich vorgetragene Gemeinplätze, und ein mehr durch einen gewissen richtigen Sinn und praktischen Takt, als durch strenge rechtliche Analyse geleitete Entwickelung machen den Inhalt der meisten Arbeiten über den Proceß aus; die frühere Vernachlässigung des Studiums des römischen Rechts äußert auch da ihren Einfluß. Nur Berriat St. Prix in seinem Compendium [81]) über den Proceß zeigt überall seine Kenntniß und

77) Mit Unrecht würde man jedoch glauben, daß das kanonische Recht für den Proceß gar nicht in Frankreich wichtig geworden sey. s. Toullier droit civil. Vol. VII. p. 356.

78) Jousse Com. jur. l'ordonnance de 1667. Par. 1753. 2 Vol.

79) Rodier questions sur l'ordonnance. Paris 1770.

80) Auch Bornier conference des nouvelles ordonnances de Louis XIV. pour la reformation de justice. Paris 1678. — Pothier traité de la procedure civil. Paris 1770.

81) Cours de procedure civile. Paris. 4. Ausg. 1821.

Achtung des römiſchen Rechts. Pigeau's [82]) Buch iſt klar, aber ohne leitende Grundſätze und gründliche hiſtoriſche Kenntniß; Carré's Werke [83]) verrathen den Juriſten, der nicht blos mit Regeln ſich begnügt, ſondern tiefere Begründung ſucht, von Boncenne's Werk [84]) iſt nur ein Theil erſchienen, der hoffen läßt, daß der Verfaſſer eine Theorie des franzöſiſchen Proceſſes nach wiſſenſchaftlichen Forderungen liefern wolle. — Das Studium des franzöſiſchen Proceſſes muß aber dem deutſchen Juriſten empfohlen werden, theils weil ſchon die Kenntniß des römiſchen Proceſſes durch die Parallele mit dem franzöſiſchen gleichfalls auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit beruhenden Verfahrens gewinnt, theils weil nur durch Vergleichung der verſchiedenen Formen eines Inſtituts das Inſtitut ſelbſt klarer aufgefaßt wird, theils weil zur richtigen Würdigung mancher neuen legislativen Entwürfe, welche Nachbildungen franzöſiſcher Einrichtungen ſind, die Kenntniß des Originals gehört. — Wichtiger wegen des, auf die dortige Praxis größern Einfluſſes des kanoniſchen Rechts, iſt die Ausbildung des Proceſſes in Spanien. Wie überhaupt in den juriſtiſchen Werken der Spanier, großer Scharfſinn, Eingehen in die Ausbildung einer Lehre und Klarheit ſich finden, ſo zeichnen ſich auch ihre proceßualiſchen Arbeiten durch dieſe Eigenſchaften aus; eine vollſtändige Darſtellung des ſpaniſchen Proceſſes liefert Hevia Bolanos [85]) und eine ſpätere

82) Pigeau la procedure civile des tribunaux de France. Paris 1824. 4te Ausg.

83) Garré les lois de l'organisation et de la competence des jurisdict. civiles. Paris 1826. 2 Vol. in 4. (enthält einen Entwurf über Gerichts-Organiſation mit Schilderung der beſtehenden Verfaſſung mit Commentar). Carré les lois de la procedure civile. Paris 1828. 3 Vol. (Darin ſind die zwei frühern Werke von Carré — analyse raisonné und traité, zuſammengeſchmolzen).

84) Boncenne theorie de la procedure civile. Paris 1828. 1 Vol.

85) Curia Philippica — in que se trata breve y compendios

Jordan de Aſſo y del Rio und Miguel de Manuel y Rodriguez [86]); auch in Azevedo's [87]) Commentar zur recopilation findet ſich eine wiſſenſchaftliche Erörterung des ſpaniſchen Proceſſes. Das Studium dieſes Proceſſes wird um ſo wichtiger, als manche Anſichten des heutigen deutſchen Proceſſes zuerſt in dem ſpaniſchen Gerichtsgebrauche und die erſten wiſſenſchaftlichen Ausführungen darüber bei ſpaniſchen Proceßualiſten ſich finden, und erſt durch die Praktiker Italiens in andere Länder ſich verbreitet haben; z. B. die Lehre von der Perhorrescenz und von dem Concurſe der Gläubiger. Gute proceßualiſche Erörterungen finden ſich in Molino [88]; ſo wie in Elizondo [89]) und Monteyerroſo [90]). Beachtung verdient auch der portugieſiſche Civilproceß; er gründet ſich vorzüglich auf eine ſehr ausführliche Proceßordnung König Johanns III. vom 5ten July 1526, worin die damals bekannten, vorzüglich aus dem kanoniſchen Rechte geſchöpften, Anſichten der Praktiker geſammelt ſind [91]); und intereſſante Zeugniſſe, z. B. über den Urſprung des Provocationsproceſſes [92]) vorkommen. Wiſſenſchaftliche Darſtel-

---

de los juicios civiles y crimin. auctor Juan de Klevia Rolanos. — oft aufgelegt — Madrid 1797.

86) Institution. del derecho civil de Castilla por Jord. de Asso y del Rio y Rodriguez (gute Ausgabe von Palacios, mit Noten, Madrid 1806. Im Buch III. iſt der Proceß dargeſtellt).

87) Azevedo Com. jur. civil. in hispan. regias Constitut. (Lugdun. 1787.) VII. Vol. das 4te Buch enthält den Proceß.

88) Molino repertorium foror. et observant. regin. Arragoniae. Saragossa 1585 (alphabetiſch eingerichtet).

89) Practica universal forense de los tribunales de Espanna y de la Indias — por F. A. de Elizondo. Madrid 1783. VI. Thle.

90) Practica civil y criminal y instruction de escrivanos compuesta por Gabriel de Monteverroso y Alvarado. Madrid 1603.

91) Melli Freirii histor. juris Lusitan. §. 129.

92) Ordinat. jud. lib. III. tit. 11. §. 4.

lungen des portugieſiſchen Proceſſes liefert Leitao [93]) und das Werk von Mellii Freirii [94]). Eine reiche Ausbeute für das Studium des deutſchen Proceſſes gibt der in Holland und den Niederlanden ausgebildete Proceß — wegen der im Weſentlichen gleichen Entwickelung mit dem deutſchen. Für die Kenntniß des niederländiſchen Proceſſes ſind die Werke von Ghewiet [95]), Loovens [96]), und für Lüttich das Buch von Sohet [97]) zu empfehlen. Gute Erörterungen einzelner proceßualiſcher Fragen finden ſich in den Werken von Mean [98]), Stockmann [99]) und Wynants [100]). Den holländiſchen Civilproceß behandeln Merula [101]), de Groot [102]), van Leuwen [103]) und van Linden [104]). Weniger unmittel-

93) Leitao (Math.) de jure lusitano tract. (Coimbr. 1645 dort iſt pag. 1—124 die beſte Abhandlung über die sententia interloentoria.

94) Mellii Freirii inst. jur. lusitan. Olispon. 1810 (3. Aufl.) Vol. IV.

95) Ghewiet institutions du droit belgique. Bruxelles. 1736. in Vol. II. von p. 91—327.

96) Loovens practycke stiel ende Manierer van procederen in haere majestaets Paede van Brabant. Brussel 1745. III. Vol.

97) Sohet instit. du droit pour le pays de Liège. Liège 1770. III. Vol. — in Vol. Buch IV. iſt der Proceß enthalten.

98) Mean ad jus civil. leodiens. obs. et rer. jud. beſte Ausg. von Couvret. Leod. 1740. VIII. Vol.

99) Stockmanni oper. omn. jurid. Tom. IV. Bruxell. 1700.

100) Wynants, suprem. curiae Brabantiae decision. Brux. 1732. 2 Vol.

101) Manier von procedeeren. Ausg. von Lulius und Linden. Leiden 1781.

102) de Groot inleiding tot de practyk. Hage. 1667. lateiniſch von Pape. 1694.

103) van Leuwen Manier van procedeeren in civile en crim. Laaken. Amst. 1721.

104) van den Linden regstgeleerd practicaal en koopmans Handboek. Amsterd. 1801. Seite 279 bis 386 iſt der Proceß dargeſtellt.

baren Werth für den deutſchen Proceß ſcheint die Kenntniß des engliſchen Proceſſes zu haben, da bekanntlich in Englands Gerichtshöfen (mit wenigen Ausnahmen) das römiſche und kanoniſche Recht keinen Einfluß hat, da auch die ganz eigenthümliche Ausbildung der engliſchen Gerichtsverfaſſung, insbeſondere die Trennung der engliſchen Gerichtshöfe in courts of common law und courts of equity und der Umſtand, daß in jedem derſelben wieder eine andere Procedur beſteht, ſo wie die ſonderbare Formelnkrämerei, die Maſſe von Fiktionen, die überall entſcheiden, dem engliſchen Proceſſe einen von dem unſrigen völlig verſchiedenen Charakter geben, und die engliſche Procedur auch nicht als empfehlungswürdig für einen Geſetzgeber neuerer Zeit darſtellen; allein auf der andern Seite darf nicht unberückſichtigt bleiben, daß in England, wenn auch das römiſche Recht nie als gemeines Recht gelten konnte, doch viele Begriffe und Anſichten des römiſchen Rechts ſchon frühe auch in die engliſche Praxis übergingen, und deswegen die Werke der engliſchen Juriſten des 13ten Jahrhunderts auch dem deutſchen Juriſten wichtig werden. Dies Verhältniß der engliſchen Procedur in den courts of equity zu dem in den courts of common law üblichen Verfahren iſt dem Forſcher der römiſchen Rechtsgeſchichte bedeutend, da darin manche Dunkelheit über das Verhältniß des römiſchen juris praetorii und juris civilis durch Parallele aufgehellt wird. Beachtungswerth iſt auch, daß in dem engliſchen Verfahren mehr als in irgend einem europäiſchen Lande, Anſichten des ältern germaniſchen Rechts ſich erhalten haben. Um den beſtehenden engliſchen Civilproceß kennen zu lernen, dient am beſten das Werk von Boote [105]), und um eine Ueberſicht zu geben, mag die Darſtellung in

105) An historical treatise of an action or juit at law and of the proceedings used in the courts of kings bench and crouwn pleas. by Boote. mit hiſtoriſcher Abhandlung von Crompton. London 1823.

Rey [106]) genügen. Mehr noch empfehlen wir die neueren Werke, welche das beſtehende Verhältniß ſchildern, aber zugleich ſeine Gebrechen darſtellen, und Vorſchläge zur Verbeſſerung machen. Der Juriſt eines jeden Landes wird in dieſer Beziehung die, an geiſtreichen Bemerkungen über einzelne Punkte des Verfahrens reichen, Schriften von Miller [107], Bentham [108]) und Cooper [109]) leſen. Einen größern Werth für das Studium des deutſchen Proceſſes hat noch die Kenntniß des ſchottiſchen Verfahrens, weil in Schottland ſchon früh das römiſche Recht Eingang gefunden hat [110]).

Keiner Ausführung bedarf es wohl, wie wichtig das Studium der deutſchen Partikular-Proceßordnungen und die Praxis einzelner Länder iſt, und wie alles, was in Bezug auf die Ausbildung des gemeinen deutſchen Privatrechts zu bemerken iſt, auch hier anwendbar wird. So wie für den Germaniſten die Partikularrechte eine Quelle eines gemeinen Rechts werden, und die Uebereinſtimmung noch ſo vieler Landesrechte in einem Punkte nie ein gemeines Recht begründen kann, eben ſo wenig kann im Proceſſe ein Satz, blos weil er in ſo

---

106) Rey des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France. (Par. 1826.) Vol. II. p. 202. etc.

107) Miller inquiry into the present state of the civil law of England. London 1825.

108) Bentham rationale of judicial evidence specially applied to english practice. Lond. 1827. V. Vol. — Mit Unrecht hält man dies Buch in Deutſchland oft nur als ein Werk über den gerichtlichen Beweis. Das Buch enhält auch ein großes Detail über engliſche Procedur.

109) Cooper lettres sur la cour de la chancellerie et quelques points de la jurisprudence anglaise. Lond. 1828. Cooper brief account of some of the most important proceedings in parliament relative to the defects in administr. of justice in the court of chancery. London 1828.

110) Darſtellung in Stair the institutions of the law of Scotland, neue Ausgabe von Brodie. Edinburgh 1827. IV. Vol. der 4te enthält den Proceß.

vielen Partikularrechten vorkommt, zu einem gemeinrechtlichen erhoben werden; aber die Partikularrechte sind Hülfsmittel zum Studium des deutschen Processes, geben Zeugnisse über den Werth mancher Einrichtung, zeigen die herrschenden Rechtsansichten, machen auf zweckmäßige Formen aufmerksam. Auch die wissenschaftlichen Erörterungen über den Proceß eines bestimmten deutschen Landes können nur mit Vorsicht gebraucht werden, da häufig der Schriftsteller, durch einen langen Gerichtsgebrauch seines Landes an bestimmte Ansichten gewöhnt, ohne selbst es zu merken, alle seine Folgerungen und Behauptungen aus der einmal gewonnenen Grundansicht ableitet. Vorzüglich wird das Studium des sächsischen Processes, aus welchem manche Ansichten in den J. R. A. und in die gemeinrechtliche Praxis geflossen sind, bedeutend [111]); der baierische Proceß [112]) ist wichtig wegen der Vollständigkeit der, mit praktischem Geist bearbeiteten Gerichtsordnung von 1753, worauf das noch geltende Verfahren gebaut ist; der österreichische [113]) verdient Beachtung durch das auf Kürze und Vereinfachung des Verfahrens berechnete Streben des Gesetzgebers. Manche, auch dem gemeinrechtlichen Juristen, wichtige Winke

111) Pfotenhauer doctrin. proc. cum germ. tum saxon. Vol. III. edit. 2. cur. Diedemann. Lips. 1826. — Biener system. process. judic. et comun. et sax Lips. 1806. 1821. Schweizer Lehrbuch des sächs. bürgerl. Processes. Jena 1813. Kori Theorie des sächs bürgerl. Proc. Jena 1822.

112) Kreitmayr Anmerkung ad Codic. jur. bavar. München 1754. Krüll theor. prakt. Einleit. in d. baier. Civilgerichtsordn. Ingolst. 1798. v. Wendt vollst. Handb. d. baierischen Civilprocesses. Nürnberg 1827.

113) Zum Studium des österr. Processes dienen Scheidlein Erl. über d. allgem. bürgerl. Gerichtsv. 2te Aufl. Wien 1823. Gustermann österreichische Privatrechtspraxis. Wien. 1822. 3te Ausg. Füger das gerichtl. Verf. in Streitf. in d. deutschen Erbländern. Wien 1812. 2. Aufl. besorgt von Wessely. Wien 1828. 4 Theile. Neuhold prakt. Einl zum allg. Verf. in Rechtsf. Grätz 1785.

und Bemerkungen finden sich in den Darstellungen des meklenburgischen [114]), kurhessischen [115]), hannoverischen [116]), braunschweigischen [117]) und großherzogl. hessischen [118]) Processes.

Die Vorarbeiten für die Geschichte des deutschen Processes nach diesem bisher bezeichneten Standpunkte, dürfen schwerlich völlig genügend genannt werden.

II.

Ausbeute der Forschungen über die Gegenstände des Civilprocesses.

Der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes hat schon vor mehreren Jahren in diesem Archive [119]) diese wichtige Lehre einer Prüfung unterworfen. Eine sehr reichhaltige Sammlung von den seit dieser Zeit erschienenen Werken liegt vor uns, und mit Unrecht würde man sich nur auf die deutsche Literatur beschränken, da eben diese Lehre mit den wichtigsten staatsrechtlichen Untersuchungen zusammenhängt, die in jedem Lande Europa's eben so zur Sprache kommen. Man hat in

---

114) v. Kamptz Handb. des meklenb. Civilproc. neue Ausg. von v. Nettelbladt. Berlin 1824.

115) Wagner Gründzüge des Gerichtsverf. u. des untergerichtl. Verfahrens in Kurhessen. Marburg 1827.

116) Oesterlein Handb. des bürgerl. und peinl. Proc. in Hannover. Götting. 1819. 2. Bde.

117) Krüger system. Darstellung des bürgerl. Proc. in Braunschweig. Braunschweig 1829.

118) Zwar fehlt es an einer wissenschaftlichen Darstellung dieses Processes, allein eine sehr verdienstliche Arbeit zur Kenntniß dieses Verfahrens hat Hofgerichtsadvokat Bopp unternommen, indem er unter dem Titel: Hessen-Darmst. Civilproceßv. von 1724 und peinl. GerichtsO. v. 1726 mit Supplement. Darmst. 1830. durch Einschaltung aller neuen in Hessen ergangenen Gesetze, Erläuterungen und Hofgerichts-Präjudicien eine klare Uebersicht von der Fortbildung des hessischen Processes gegeben hat, so daß das Buch sehr empfohlen werden darf.

119) Archiv IV. nr. 24.

Deutſchland wie in Frankreich ein gewiſſes Mißtrauen gegen Richter-Collegien ausgeſprochen, und ihrer Entſcheidung möglichſt alle Fälle zu entziehen geſucht, in welchen die Staats-Regierung das Intereſſe hat, daß die von ihr aufgeſtellte Anſicht ſiege, oder wo das Miniſterium wünſcht, daß gewiſſe Operationen und Geheimniſſe nicht zur allgemeinen Kenntniß kommen. Auf der andern Seite kann nicht geläugnet werden, daß ſich die Juriſten leicht in zuviel miſchen, und da entſcheiden wollen, wo ſie nichts verſtehen, und wo ihr ſogenanntes Urtheil ein Entſcheiden über die Befugniſſe der Regierung ſelbſt ſeyn würde. Es hängt die Frage über die Gegenſtände des Civilproceſſes zuſammen mit dem Punkte über die Verantwortlichkeit der Miniſter. Geht man von dieſer Verantwortlichkeit aus, ſo kann man nicht den Gerichten das Recht geben, über Adminiſtrations-Verfügungen zu entſcheiden; z. B. ob das Miniſterium einen Beamten entlaſſen dürfte; wäre dies der Fall, ſo könnte leicht dem Miniſter ein Beamter aufgedrungen werden, für deſſen Geſchäftsthätigkeit er verantwortlich ſeyn müßte, ohne daß er ihn wählte, oder das nöthige Geſchäftsvertrauen zu ihm haben könnte. — Es kommt daher auf eine ſcharfe Begränzung der gerichtlichen und der adminiſtrativen Gewalt [120]) im Staate an. Viele treffliche Unterſuchungen darüber enthalten die franzöſiſchen Schriften von Henrion de Panſey [121]) und von Carré [122]) und Macarel [123]). Eine gründliche Entwickelung findet ſich in einer

120) Um das Detail der franzöſiſchen Verwaltungsbehörden in ihrer Organiſation kennen zu lernen, iſt zu empfehlen: B. de Gerando institutes du droit administratif françois. Paris 1829. I. Vol. bisher.

121) Henrion de Pansey de l'autorité judiciaire de France. Paris 1827 (3. Aufl.) Vol. I. p. 174 und II. p. 290—379.

122) Carré les lois de l'organisation et de la competence des jurisdict. civiles. Paris 1826. Vol. I. p. 30 und Vol. II. pag. 127—149.

123) Macarel des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative. Paris 1828.

holländiſchen Schrift von Bakker [124]), die in der bekannten Zeitſchrift von den Tex und Hall abgedruckt iſt. Nur muß man bei der Benutzung der franzöſiſchen Schriften deswegen vorſichtig ſeyn, weil in ihre Anſichten ſich das Verhältniß der ſogenannten adminiſtrativ-contentioſen Sachen eingeſchlichen hat, und immer mehr oder weniger auf ihre Unterſuchungen wirkt. Vorzüglich empfehlungswürdig, um die Gränzen der Adminiſtrativ- und Juſtizgewalt kennen zu lernen, iſt das Studium des von Romagnoſi herausgegebenen italiäniſchen Journals, worin mit ſeltenem Scharfſinn die in dieſer Lehre leitenden Grundſätze aufgeſtellt und mit Conſequenz auf eine große Maſſe von Fällen angewendet werden [125]).

Dieſe Adminiſtrativ-Juſtiz, welche in Frankreich ſich ausgebildet hat, iſt gewiß eine Haupturſache der Verwirrung, welche auch in Deutſchland in der Lehre von den Gegenſtänden des Civilproceſſes herrſcht. Unter einem blendenden Namen werden durch dieſe, zwiſchen Verwaltung und Gerichte ſich ſtellende ſogenannte Juſtiz viele Gegenſtände, welche unbedenklich zur Competenz der Gerichte gehörten, der Juſtiz entzogen; man glaubt, die Klagen, welche gegen die Verwaltungs-Juſtiz erhoben werden, dann dadurch niederſchlagen zu können, daß man erklärt: auch bei den für die Verwaltungs-Juſtiz organiſirten Stellen kämen proceßualiſche Formen und eine Gerichts-Organiſation vor. Auch in Deutſchland hat man an der Sache bald Gefallen gefunden, Baiern hatte ſelbſt den

---

124) over het voorwerp van regterlyke beslissing in burgerliken Saaken — abgedruckt in bydragen tot regtsgeleerdheid en wetgeving. (Amsterdam) 1826. 1. Hft. S 40. 4. Hft. S. 431. 1827. Heft 2. S. 201. u. 1828 Heft 1. S. 32.

125) Der Titel des Journals iſt: Giornale di Giurisprudenza universale. (Herausgeber war Romagnoſi) Milano 1811. Es erſchienen 7 Bände bis 1813. — Der 1. Band Heft 1. enthält eine Abhandlung über das Verhältniß der Adminiſtration und Juſtiz und ebenſo tom. V. Heft 3. pag 295. 381.

französischen Ausdruck: administrativ-contentiös, aufgenommen, und andere Staaten haben auf ähnliche Art reine Verwaltungsstellen mit einem Schein von Justizbehörden versehen und ihnen Entscheidung einzelner Sachen übertragen. Es kömmt daher vorzüglich darauf an, zu zeigen, wie wenig haltbar die Grundlage ist, worauf man die Administrativ-Justiz baute, wie durch sie der Justiz Rechte entzogen, und unter der Maske des Rechts Ungerechtigkeiten verübt werden können; wie auch das Institut völlig überflüssig ist, wenn man nur gehörig das Gebiet der Administration und das der Justiz trennt, und nicht aus Hochmuth der letzteren, Befugnisse, die ihr nicht gebühren, usurpiren will. Der Verfasser dieses Aufsatzes hatte wohl zuerst in Deutschland gegen die Unzweckmäßigkeit der Administrativ-Justiz sich erklärt [126]), Puchta [127]) theilte in einer bald darauf erschienenen Schrift diese Ansichten. Eine würtembergische Schrift [128]) versuchte die Rechtfertigung des Instituts, und in neuester Zeit hat Pfizer in einer unten noch näher zu erwähnenden Schrift [129]) nachzuweisen gesucht, daß die Verwaltungs-Justiz nicht wohl den gewöhnlichen Civilgerichten überlassen werden könne; ein anderer ausgezeichneter Schriftsteller, Spangenberg [130]), hat die in seinem Vaterlande geltende Einrichtung, nach welcher manche Civilproceßsachen den gewöhnlichen Gerichten entzogen sind, z. B. alle die landesherrlichen Domänen betreffenden Angelegenheiten, Beschwerden über neugetroffene Anordnungen der Unterobrigkeiten und Städte, durch die Behauptung zu vertheidigen sich bemüht, daß diese Sachen nicht dem

126) Archiv IV. S. 344—370.

127) Puchta Beitr. zur Gesetzgebung und Praxis. S. 202.

128) Unter dem Titel: über das Forum der administrativ-contentiosen Sachen. Ulm 1821.

129) v. Pfizer über die Gränzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz und über die Form bei Behandlung der Verwaltungs-Justiz. Stuttg. 1828.

130) im Commentar zur hannöverischen Proceßordn. I. S. 3.

langsamen Gange der Justiz überlassen werden könnten, oder weil Gesetze zur Anwendung kommen, welche nicht die Rechtsverhältnisse Einzelner bestimmen, sondern wobei allgemeine Grundsätze, besondere, den administrativen Behörden ertheilte Vorschriften berücksichtigt werden müssen. In Frankreich selbst haben neuerlich gegen die Administrativ-Justiz sich gewichtige Stimmen erhoben [131]); hierher gehören auch alle Meinungen, welche bei Gelegenheit der Frage: ob der Staatsrath über die Conflikte entscheiden soll, sowohl in einzelnen Schriften, als in Reden, in der Deputirtenkammer geäußert worden sind [132]); noch interessanter ist das Werk von Bavoux [133]), da es eine große Masse von einzelnen Fällen aufzählt, in welchen die Administrativgewalt die Entscheidung einer Sache an sich gerissen hat; die überall mitgetheilten faktischen Details setzen den Leser in den Stand, selbst über den Fall zu urtheilen. Es muß aber bei dem Gebrauche des Buchs von Bavoux Vorsicht deswegen empfohlen werden, weil der Verfasser sich nicht von einer gewissen Leidenschaftlichkeit frei gehalten hat, welche mit einem beständigen Mißtrauen jeden Schritt des Ministeriums beobachtet, und die Administration in ihrer nothwendigen freien Bewegung zu sehr beschränken will [134]) und weil überhaupt das ganze Werk weniger auf festen Grundsätzen beruht. Man hat vorzüglich in Deutschland sich bemüht, die Grundmerkmale anzugeben, an welchen sich erkennen läßt, was als Civilproceßsache den Gerichten nicht

131) Eine Darstellung der Administrativ-Justiz in Frankreich und der Mißbräuche liefert Guenoux in der von Zachariä und mir herausgeg. krit. Zeitschrift für Gesetzgeb. und Jurisprudenz des Auslandes. 1. Bd. 2. H. nr. XII.

132) Eine gute Sammlung dieser Ansichten findet sich in Macarel des tribunaux administratifs. p. 325 – 480.

133) Bavoux des conflits ou empiétement de l'autorité administrat. sur le pouvoir judiciaire. Paris 1828. 2 Vol.

134) Geistreiche Bemerkungen über die Trennung der Fälle, die vor Administration und vor Justizgewalt gehören s. in revue françoise. Novembre 1828. nr. VI.

entzogen werden dürfe. Unter den Ansichten ist große Verschiedenheit. In der, durch die Klarheit der Ideen und durch den Scharfsinn, mit welchem der Verfasser seine Ansicht in einer großen Masse von Fällen durchzuführen sucht, ausgezeichneten Schrift v. Weiler's [135]) wird der Grundsatz aufgestellt, daß nur das, was privatrechtlich und streitig ist, der Justiz angehöre; jeder, das öffentliche Recht betreffende Streit gehört nach v. Weiler's Ansicht der Verwaltung an, und für die Entscheidung dieser Sachen will der Verf. die Organisirung einer Verwaltungs-Justiz [136]). Wir zweifeln sehr, ob durch dies Merkmal: streitiges Privatrecht, ein hinreichendes Kennzeichen gegeben wird; der Verf. selbst erklärt S. 13, daß da, wo die Verwaltung im Interesse des Gemeinwohls und aus Gründen des öffentlichen Rechts handele, weder die Handlung selbst, noch ihre Folge, vor die Civilgerichte gezogen werden könne; dies ist wohl in so fern wahr, als die Justiz nicht die nothwendige fortschreitende Entwickelung des Staats und die administrative Thätigkeit, z. B. in Aufhebung aller Mißbräuche, hindern, oder über die Zweckmäßigkeit einer Maaßregel entscheiden kann; allein es ist nicht einzusehen, warum da, wo ein durch diese neuen Maaßregeln Beschwerter auf einen privatrechtlichen Titel sich berufen kann, nicht die Justiz entscheiden kann und muß. — Der Verfasser fühlt dies wohl selbst, er tröstet aber die Bürger, daß sie ja nicht rechtlos seyen, indem für solche Fälle die Verwaltungs-Justiz sorge. Wir können uns aber aus den schon früher angegebenen Gründen nie überzeugen, daß ein aus amoviblen Verwaltungsbeamten bestehendes, an alle Künste der Gewandtheit, mit der man Alles nach Rücksichten des sogenannten öffentlichen Wohls zu drehen versteht, gewöhntes, ohne streng juristische Formen procedirendes, Collegium eine

135) Ueber Verwaltung und Justiz, und über die Gränzlinie zwischen beiden. Mannheim 1826.

136) v. Weiler l. c. S. 23.

genügende Garantie für die Gerechtigkeit seiner Entscheidungen den Bürgern geben könne. Wie viel v. Weiler der Verwaltung einräumt, zeigt sich z. B. auch in Bezug auf Regalienstreitigkeiten; da die Frage: ob ein Gegenstand und in welchem Umfange er Regal sey, blos in Beziehung auf den Unfang der Staatsgewalt und in Erwägung, ob es ein Ausfluß der Staatsberechtigung sey, bestehe, so könne der Streit nicht vor die Civilgerichte gehören [137]). Die Geschichte der Ausbildung der Regalität in Deutschland [138]) spricht durchaus gegen diese Ansicht, und unser Spruchcollegium hat nie gezweifelt, da, wo z. B. die landesherrliche Kammer einem Adelichen, der Steinkohlenbergwerk betrieb, dies unter Behauptung wehren wollte, daß Steinkohlen zu den Regalien gehören, den Streit als Gegenstand eines Processes zu betrachten. Einen anderen Vorschlag macht Pfizer [139]), indem er zur Verwaltungs-Justiz alle bestrittenen oder verletzten Rechte rechnet, welche sich auf das Subjectionsverhältniß gründen, alle übrigen gehören nach seiner Meinung zur Civil-Justiz, und in praktischer Form (S. 108) drückt der Verfasser den Satz so aus: daß es sich immer von Verwaltungs-Justiz handle, so oft die Willkühr des Einzelnen zum unmittelbaren Besten des Ganzen durch Gesetze beschränkt ist. — Wo daher über eine Anordnung Beschwerde geführt wird, soll (S. 116) alles von der Vorfrage abhängen, ob die befragte Beschwerde sich auf einen Gegenstand des speciellen Subjections-Verhältnisses oder auf civilrechtliche Gegenstände beziehe; im ersten Falle soll der Streit zur Verwaltungs-Justiz sich eignen. — Auch dieses von Pfizer angegebene Merkmal kann nicht genügen. Wir wollen nicht anführen, daß nach seiner Meinung die Verwaltungs-Justiz

137) v. Weiler S. 17.

138) Mittermaier Grundſ. d. deutſchen Privatrechts. 4. Aufl. §. 257 — 9.

139) S. 30. 107.

eine Hauptrolle spielt und daß er selbst erklärt, daß eigentlich diese Gegenstände, welche er zur Verwaltungs-Justiz rechnet, Gegenstände des Civilprocesses waren, aber aus politischen Gründen nicht an die gewöhnlichen Civilgerichte gewiesen werden sollen; es liegt aber in dem angegebenen Merkmale, ob etwas auf das Subjections-Verhältniß sich beziehe, auch keine sicheres Kennzeichen, denn a priori wird sich nicht leicht überall angeben lassen, ob ein Gegenstand mit dem Subjections-Verhältniß zusammenhänge oder nicht; die Verwaltung, welche den Streit der Justiz entziehen will, wird diesen Zusammenhang behaupten, sie wird einen sogenannten Conflict erheben, und da die Stelle, welche über Competenz-Conflicte entscheidet, ihrer Natur nach immer mehr auf Seite der Verwaltung sich neigt, so ist der rechtsuchende Bürger dabei in übler Lage. — Es wird dabei auf eine nicht leicht zu entscheidende Frage ankommen: wie weit die Staatsgewalt gewisse Verhältnisse, als ihr unmittelbar unterworfen, in Anspruch nehmen kann, so daß eigentlich der Beschädigte nur als Unterthan dem Staate dabei gegenüber stünde. Betrachte man z. B. die Lehre von den Regalien. Kommt dabei ein Subjectionsverhältniß zur Sprache? Wenn z. B. die Frage ist: ob ein Marmorregal existirt, steht der Bürger, welcher dies Regal läugnet, und den auf seinen Grundstücken gebrochenen Marmor als Eigenthum in Anspruch nimmt, dem Staate als Unterthan gegenüber? Pfizer selbst würde wohl mit Recht S. 137 nach seinen Grundsätzen den Fall an die Civilgerichte weisen. Wenn ein Unterthan auswandern will, und der Staat Nachsteuer oder Militär-Reluitionsgelder fordert, zu welchen der Bürger nicht schuldig zu seyn glaubt, ist dabei ein Subjectionsverhältniß Einflußreich? Nach Pfizer, S. 148, soll dies der Fall seyn, und doch läßt sich dies schwerlich begründen. In allen Gemeinde-Verhältnissen wird dies Subjectionsverhältniß am leichtesten geltend gemacht werden. Auch Pfizer, S. 140, spricht dies aus, und so würde z. B. der Streit, wobei eine Gemeinde das Dasein

gültiger Erlaubniß der Oberbehörde zur Veräußerung des Gemeindeguts läugnet, während der Bürger, welcher ein solches Gut von der Gemeinde kaufte, die Gültigkeit der Erlaubniß behauptet, kein Gegenstand eines Civilproceſſes ſeyn. Da, wo ein Staatsdiener wegen Verletzungen an ſeinen Rechten klagt, oder wo es auf die Frage ankommt, ob der Beamte, welcher verletzte, ſeinen Auftrag überſchritt, und belangt werden kann, wird es dem Staate immer leicht werden, durch die Berufung auf ein Subjectionsverhältniß der Bürger das Recht zu rauben, vor dem Civilgerichte zu klagen. — Eine ſehr ſcharfſinnig begründete Meinung ſtellt Pfeiffer [140]) auf, indem er zu zeigen verſucht, daß zur Juſtizſache nur die Verletzung eines wohlerworbenen Rechts gehöre; zu den Rechten der letzten Art rechnet er nur iene, welche mittelſt eines beſondern Rechtsgrundes erworben wurden; wogegen die blos durch Theilnahme des Staatsbürgers an der Verfaſſung und die durch allgemeine Geſetze beſtehen, als Verfaſſung und Geſetz unverändert dauern. Ein rechtlicher Anſpruch des Staatsbürgers auf Beibehaltung dieſer Geſetze ſey wohl nicht denkbar, da es in dem Begriffe und Zwecke der Geſetzgebung liege, daß ſie nach dem Bedürfniſſe des Staats eingerichtet und nach Zeit und Umſtänden abgeändert werde, daher keine eigentliche jura quaesita angenommen werden könnten. Dieſe Anſicht Pfeiffers verdient unfehlbar Beachtung, indem es allerdings gegründet iſt, daß nicht jede Aufhebung einer beſtehenden Anordnung und ein Verluſt, der einem Bürger durch die Veränderung zugeht, ſchon eine Juſtizſache begründen kann [141]); ein Recht der Bürger, auf ewige Dauer eines bisherigen Zuſtandes, läßt ſich nicht nachweiſen; und es exiſtirt kaum irgend ein Fall, in welchem nicht durch ein neues Geſetz irgend eine Klaſſe von Unterthanen, oder einzelne Bürger leiden; z. B. wenn eine, bis-

140) in den praktiſchen Erörterungen. 1. Th. S. 246.
141) näher noch in Pfeiffer l. c. I. S. 246.

her durch gewisse Orte gehende Hauptstraße über andere Orte geleitet wird, so verlieren die Gastwirthe der ersteren Orte, weil nun die Fuhrleute, welche auf dieser Straße fuhren, nicht mehr durch die Orte fahren. Es würde sehr unzweckmäßig seyn, hier die Klage dieser Gastwirthe als eine Justizsache zu betrachten. Allein Pfeiffers Ansicht ist zu eng; wenn nur das durch einen besondern Rechtsgrund erworbene Recht ein solches genannt wird, dessen Verletzung den Gegenstand eines Civilprocesses begründen kann. Schon der Eintritt eines Staatsbürgers in den Staat ist ein Rechtsgrund, aus welchem Rechte abgeleitet werden können; und jeder neue eintretende Staatsbürger schließt gleichsam mit dem Staate, in welchen er tritt, eine Convention ab, woraus er Rechte erwirbt, die das allgemeine Gesetz des Staats ihm garantirt. Auch gibt es wohl Rechte, welche der Bürger hat, ohne daß erst ein specieller Rechtstitel aufgezeigt zu werden braucht; sie fließen aus seiner menschlichen und staatsbürgerlichen Qualität, und es kommt dabei nur die Frage vor, wie weit die bestehenden Gesetze in diesen Rechten Beschränkungen erzeugten. Wenn z. B. in einem Staate, dessen Gesetz unter den Ehehindernissen den geistlichen Stand nicht erwähnt, ein katholischer Priester heirathen will, und ihm von einer Person, welche das Recht des Priesters, sich zu verehelichen, bestreitet, Hindernisse in den Weg gelegt werden, ohne deren Beseitigung er nicht heirathen kann, soll nicht das Gericht darüber, ob ein katholischer Priester nach der bestehenden Gesetzgebung heirathen kann, in der Anwendung auf den einzelnen Fall entscheiden können? Dies Recht des Priesters ist kein durch specielle Rechtstitel erworbenes: — oder wenn in einem Lande das Gesetz das freie Schürfungsrecht im Bergwesen ausspricht, und jedem, der Erz gefunden und in gewisser Zeit und in bestimmter Form muthet, die Belehnung verspricht, soll der Bürger, welcher Erz fand und gehörig gemuthet hat, bei den Gerichten nicht Schutz suchen können, wenn ihm das Bergamt die Belehnung unter dem Vorwande

verweigert, daß der Staat ſelbſt dieſe Grube bauen wolle? Einen ſpeciellen Rechtstitel braucht der Kläger hierzu nicht — Es bedarf hier nur einer — leider noch nicht gelieferten ſtaatsrechtlichen Erörterung über den Charakter der verſchiedenen Geſetze im Staate; die rein reglementären, blos eine Inſtruction für gewiſſe Beamte enthaltenden, Vorſchriften, bei welchen das Detail der Anordnung im einzelnen Falle doch dem Beamten überlaſſen wird, oder Geſetze, welche nur allgemeine Rückſichten der Zweckmäßigkeit ausſprechen, dürfen wohl nicht mit den übrigen, die Rechte der Bürger anordnenden, Geſetzen in eine Klaſſe geworfen werden. — Noch verdient eine andere Anſicht eines holländiſchen Schriftſtellers, Bakker, näher gewürdigt zu werden [142]). Sie iſt in einer, aus einer Reihe von Aufſätzen beſtehenden, Abhandlung ausgeſprochen, worin der Verfaſſer das Verhältniß der Adminiſtration und Juſtiz unterſucht, die beſtehende franzöſiſche Einrichtung, insbeſondere auch die adminiſtrativ-conventiöſe Juſtiz tadelt, dann das im Königreich der Niederlande vorkommende Verhältniß ſorgfältig darſtellt und prüft. Wir empfehlen dieſe Schrift allen Juriſten um ſo mehr, als der Verfaſſer mit dem Stande der deutſchen und franzöſiſchen Literatur in der Lehre ganz vertraut iſt, und aus Erfahrung über die Nachtheile der franzöſiſchen Eintheilung urtheilt. — Bakker [143]) glaubt nun, daß das Hauptmerkmal der Juſtizſache Individualität iſt, in ſo fern nämlich ſowohl die Partheien, welche die richterliche Hülfe anrufen, als der Richter bei ſeiner Entſcheidung nur allein die individuelle Sache, auf welche das Geſetz angewendet werden ſoll, nur in ihrem Verhältniß auf die Partheien und ſo weit es in concreto als ſtreitig vor den Richter gebracht iſt, berückſichtigen, ohne eine Rückſicht, z. B. auf den Staat, oder den Einfluß der Sache auf das allgemeine Wohl zu nehmen. Der Verf. meint, daß dadurch eben

142) ſ. Titel der Schrift oben Note 124.

143) in den bydragen 1826. Heft 4. S. 424.

von der richterlichen Gewalt die gesetzgebende aufsehende und verwaltende sich unterscheide, daß die letzteren nicht die Individuen und die den Beschluß veranlassende Sachen, sondern den Zusammenhang mit den Forderungen der Staatsgesellschaft berücksichtigen. — Der Verf. hat darin gewiß Recht, daß bei dem Civilproceß-Gegenstande nur die Individualität des Falles, ohne Rücksicht auf die Gründe des allgemeinen Wohls, vom Richter berücksichtigt werde, allein wir glauben nicht, daß das aufgestellte Merkmal als genügendes Kennzeichen diene. Jede Parthei wird auch bei rein administrativen Sachen Gründe der Rechtmäßigkeit des einzelnen in Frage stehenden Vorfalles dem Gerichte vorzubringen wissen; z. B. wenn ein Beamter darüber klagt, daß er von seinem bisherigen Wohnorte in einen anderen Geschäftskreis versetzt worden sey, so wird er aus der Natur des Dienstvertrags die Rechtswidrigkeit der Versetzung angreifen, wie der Staat, in so fern er sich überhaupt einlassen wird, die Rechtmäßigkeit des Acts zeigen wird. Wenn in einer Stadt ein Gewerbsmann aufgenommen werden will, und sich beschwert, daß ihn die Polizeybehörde abgewiesen habe, weil die übrigen Gewerbetreibenden nachwiesen, daß durch Aufnahme eines Neuen ihre Nahrung beeinträchtigt würde, so wird der Streit von beiden Seiten mit alleiniger Berufung auf den individuellen Vorfall geführt werden, und doch ist in beiden Fällen keine Justizsache da, so wenig als in dem Falle, wo z. B. ein Bürger darüber Klage stellt, daß man den Einsteher, welchen er für seinen Sohn stellt, den das Loos bei der Conscription traf, nicht annehmen wolle, da dieser Ersatzmann doch die nöthigen Eigenschaften habe. Frage man einmal, ob bei den bekannten Streitigkeiten über Staatsschulden, oder bei Klagen der Gemeindeglieder über Beschlüsse der Gemeinde-Obrigkeit das vom Verfasser aufgestellte Merkmal der Individualität zur Entscheidung des Streits, ob Justizsache da sey, dient. —

Der Verf. des vorliegenden Aufsatzes bleibt noch jetzt

den im frühern Aufſatze von ihm aufgeſtellten Anſichten völlig treu und würde nur den Satz vielleicht deutlicher dahin ſtellen: überall iſt Juſtizſache da, wo es bei einer behaupteten Rechtsverletzung auf die Anwendung eines Geſetzes ankommt, unter welches der ſtreitige Fall ſubſumirt werden kann, ſobald nur dies Geſetz den Charakter hat, eine Norm zwiſchen Staat und Bürger zu begründen, oder die Abſicht hat, auf eine bleibende Weiſe die Rechte der Einzelnen zu reguliren. — Wir glauben dabei noch die Sätze aufſtellen zu dürfen: I) Es ſteht der Juſtizgewalt zu, auch die von den Verwaltungsbehörden ergangenen Beſchlüſſe oder Anordnungen auszulegen, in ſo fern davon die Rede iſt, ob ein Privatmann durch eine adminiſtrative Verfügung beſchwert iſt, deren Rechtmäßigkeit die Adminiſtration dadurch behauptet, daß ſie einen frühern von ihr ausgegangenen Beſchluß auslegt. Wenn z. B. die Regierung in Anſehung des Salzes ein Monopol einführt und die Freiheit, damit zu handeln, beſchränkt, und nun einem Kaufmann, der mit Seeſalz handelt, das Salz weggenommen wird, weil die Regierung behauptet, daß unter dem Ausdruck: Salz, auch Seeſalz begriffen ſey, ſo kann der beſchwerte Kaufmann mit Grund an die Civilgerichte gehen, und die Adminiſtration kann nicht behaupten, daß ihr das Recht zuſtehe, ihre Anordnungen auszulegen; ſie würde dadurch Richter in eigener Sache werden. So gut die Gerichte die Geſetze auslegen können, z. B. wenn das Landesgeſetz alle in das Mineralreich gehörigen Gegenſtände als Regalien erklärt, und nun Streit entſteht, ob auch der Torf ein Regal ſey, eben ſo gut kann das Gericht auch adminiſtrative Verfügungen auslegen, in ſo fern davon die Beantwortung der Frage abhängt, ob nach dem bisherigen Beſchluſſe die Regierung eine Rechtsverletzung verübt. II) Nicht weniger muß es der Juſtiz zuſtehen, über die rechtlichen Folgen von Staats-Verträgen da zu entſcheiden, wo die Auslegung des Staats-Ver-

trages zwischen Privatpersonen unter sich, oder im Verhältnisse zum Staate, streitig ist, und davon die Existenz des Rechts eines Privatmanns abhängt. Es kommt auch da nur wieder auf eine Auslegung, nicht auf eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Staatsvertrages an [144]). III) Die Gerichte sind befugt, auch über die Gültigkeit eines erlassenen Gesetzes in so fern zu urtheilen, als die Frage vorliegt, ob das Gesetz von der verfassungsmäßig berechtigten Gewalt herrührt und in der verfassungsmäßigen Form gegeben ist [145]). Nur ein publicirtes und mit allen rechtlichen Eigenschaften versehenes Gesetz verbindet den Unterthan, und darf vom Richter beachtet werden. Ein nicht in gehöriger Form ergangenes Gesetz ist aber unverbindlich; hat aber die Staatsregierung in der Verfassung die Bedingungen ausgesprochen, unter welchen ein verbindliches Gesetz zu Stande kommen kann, so autorisirt sie zugleich die Gerichte, deren Mitglieder geschworen haben, die Verfassung aufrecht zu erhalten, zu prüfen, ob ein als angebliches Gesetz producirte Anordnung die rechtlichen Eigenschaften habe. Man würde wohl nicht zweifeln, daß ein Gericht ein, von einem Amte als Gesetz erlassenes Ausschreiben nicht zu respektiren brauche: ist aber einmal verfassungsmäßig ausgesprochen, daß nur unter gewissen Bedingungen (z. B. mit Zuziehung der Stände), der Regent ein Gesetz machen könne, so ist auch ausgesprochen, daß alle andern Behörden (Ober-Administrativstellen oder Ministerien), die diese Eigenschaften nicht haben, keine Gesetze erlassen können. — Bedenklich kann die Sache werden, wenn Ordonnanzen des Regenten selbst, die der Verfassung widersprechen,

144) Merkwürdige Anweisung über das Benehmen der Justiz-Collegien bei streitiger Auslegung von Staatsverträgen, — in preuß. Circular Verordn. in v. Kamptz Jahrbücher der Gesetzgeb. Heft 55. S. 46. Heft 56. S. 290.

145) Jordan in diesem Archiv VIII. S. 214. und Allgemeiner Anzeiger der Deutschen. 1828. nr. 140.

producirt werden. Der Gerichtshof von Nancy, in einem merkwürdigen arrêt [146]), erkennt das Recht der Gerichte, zu entscheiden, ob eine solche Ordonnanz verbindlich sey; der Brüsseler Gerichtshof hat in einem anderen Falle 1817 im entgegengesetzten Sinne entschieden, weil die gerichtliche Gewalt über die Gränzen der Befugnisse der andern, von ihr unabhängigen, Gewalten entscheiden wollte [147]). Mit manchen Unterscheidungen beantwortet die Frage Bakker [148]). IV) Anerkannt ist es, daß auch der Staatsbeamte wegen seiner Amtshandlungen unter Umständen von dem Verletzten bei den Gerichten belangt werden kann. Nur entscheidet dabei die Vorfrage [149]): ob der Beamte die Gränzen seiner ihm rechtlich zukommenden Gewalt überschritten hat; diese Vorfrage gehört freilich in der Regel zur Entscheidung vor die administrative Oberbehörde [150]); damit hängt auch die Frage zusammen, in wie fern der Staat selbst wegen der widerrechtlichen Handlungen der Staatsbeamten verantwortlich ist. Anerkannt ist es insbesondere, daß diese Haftung da eintritt, wo die den Gerichten anvertrauten Depositengelder rechtswidrig von einem Beamten angegriffen wurden [151]).

V) Vorzüglich beachtungswürdig sind die Entscheidungen deutscher Obergerichte über die Gränzlinie zwischen Justiz und Administration. So findet sich die bestimmt ausgesprochene

---

146) v. 26. Juli 1827, auch abgedruckt in den Tex bydragen. 1828. Heft 3. S. 60.

147) Umständlicher arrêt vom 1sten Februar 1817. abgedruckt in Toullier droit civil (Ausgabe v. Brüssel) Tom. I. p. 481.

148) in dem angeführten Aufsatze in Tex bydragen. 1828. H. 3. p. 52 – 62.

149) Pfeiffer prakt. Erörterungen II. S. 378.

150) Pfizer S. 173.

151) Overbeck Meditationen VII. Th. nr. 391. Struben rechtl. Bedenken II. nr. 85. (s. jedoch Spangenberg in seiner Ausgabe II. S. 221, vorzüglich Pfeiffer prakt. Erört. II. nr. XII.

Anſicht der Heſſiſchen Obergerichte [152]), daß auch reine Regierungsſachen dann als Juſtizſachen erſcheinen, wenn nur von der Wirkung auf die Rechte Einzelner und von der Entſchädigungspflicht die Rede iſt. Noch weiter iſt das Ober-Appellationsgericht in Wolfenbüttel [153]) gegangen, wenn es die Sätze aufſtellt, daß überall die Polizei der Juſtiz unterworfen ſey, ſo oft ſie mit Privatrechten in Colliſion kommt, und die ſelbſt vor der Rechtshängigkeit von der Polizei getroffenen proviſoriſchen Anordnungen von dem dadurch Beſchwerten zum Gegenſtande richterlicher Entſcheidungen gemacht werden könnten [154]).

(Fortſetzung im nächſten Hefte.)

XX.

Ueber das Weſen und den heutigen Gebrauch der actio und exceptio doli.

Von Herrn Oberappellationsrath Hänel zu Dresden.

Einleitung.

Im erſten Bande des Archivs für die civiliſtiſche Praxis hat Herr Profeſſor Klien zu Leipzig von der heutigen Anwendung der praktiſchen Reſtitutionen, beſonders in Beziehung auf die actio quod metus causa, gehandelt. Obwohl nun dieſes Rechtsmittel wegen ſeiner Wirkſamkeit gegen den dritten Beſitzer, als eines ihm beigelegten beſonderen Vorzugs, merkwürdig iſt, ſo dürften doch auch die mit ihr verwandten

152) Pfeiffer I. S. 240.

153) Waldeck Controverſen-Entſcheidungen des Oberappellationsgerichtes. I. Th. S. 110. f. auch S. 129.

154) Die damit zuſammenhängende Lehre von den Competenz-Conflicten ſoll im nächſten Hefte erörtert werden.